

مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي

سلسلة الدراسات الحضارية

23

الأصول العامّة لنظام التشريع

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي

السيد محمّد مصطفوي



الأصول العامة لنظام التشريع

دراسة مقارنة

بين الإسـلام والقانون الوضعي

محمد مصطفوي

الأصول العامة لنظام التشريع

دراسة مقارنة
بين الإسلام والقانون الوضعي



المؤلف: محمد مصطفوي

الكتـاب: الأصول العامة لنظام التشريع: دراسة مقارنة بين الإسلام والقانون الوضعي

المراجعة والتقويم: فريق مركز الحضارة

تصميم الغلاف: حسين موسى

الإخراج والصفّ: هوساك كومبيوتر برس

الطبعة الأولى: بيروت، 2008



The General rules Of Jurisprudence:
A Comparing Study Between Islam And Positive Law



مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي

Center of civilization
for the development of Islamic thought

بناية الصبّاح ـ شارع السفارات ـ بئر حسن ـ بيروت

هاتف: 826233 (9611) ـ فاكس: 820387 (9611) ـ ص.ب: 55/ 25

Info @ hadaraweb.com

www. hadaraweb.com

المحتويات

الفصل الثالث
أقسام القانون والشرع

الفصل الرابع
تكوين القاعدة القانونيّة والشرعيّة

مقدمة

«إذا أراد الله بعبدٍ خيراً فقَّهه في الدين».

حديثٌ شريف

أهميّة دراسة نظام التشريع الإسلامي المقارن:

تعود أهميّة دراسة نظام التشريع الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي إلى اعتبارين أساسيّين:

أولاً: الاعتبار الداخلي:

ويتمثّل في أهميّة المعرفة الكليّة للشريعة الإسلامية (الفقه الإسلامي)، ودورها في فهم الشريعة وفي عملية التطوير والتجديد الفقهيَّين، وذلك من خلال الأمور التالية:

أ - الدراسات الفقهيّة في النصوص التراثية لا توفِّر للدارسين للفقه الإسلامي فرصة الإحاطة الكليّة بموضوعات ومسائل ومجالات الفقه الإسلامي، وذلك بسبب استغراق تلك النصوص في المسائل التفصيلية.

ب ـ المنهج المتّبع في دراسة الشريعة والفقه الإسلامي لا يخوّل الدارس أن يتعرّف على الشريعة والفقه تعرّفاً منظومياً ـ عضوياً، كون المسائل والموضوعات المبحوث عنها في عدد كبير من تلك النصوص، مبنية على طريقة: «الكلام يجرّ الكلام».

جـ ـ إن التصنيف والتبويب هما من الاعتبارات الأساسية في مجال العلوم والمعارف في عصرنا، والكتب والدراسات الفقهيّة في غالبها تعتمد على تصنيفات وتقسيمات راجعة إلى قرون قديمة جداً[1]، ولم تجرِ فيها تعديلات أساسية على مستوى التبويب والتصنيف.

د ـ إن المسائل المُبتلَى بها والمرتبطة بصميم الواقع لا يقبل أن تُبحث في الفقه والرسائل العملية بعنوان «المسائل المستحدثة»، بل ينبغي أن تجد تلك المسائل مجالها في تصميم الفقه والهيكل التنظيمي العام للدراسات الفقهيّة.

ثانياً: الاعتبار الخارجي:

ويتمثّل بأهميّة الدراسة المقارنة للشريعة والفقه الإسلامي بالقانون الوضعي، حيث إن دراسة كهذه توفّر فرصة المعرفة المقارنة والتي تؤدّي بدورها إلى النتائج التالية:

أ ـ الدراسة المقارنة تؤدّي إلى معرفة نقاط القوة التي يتّصف بها نظام التشريع الإسلامي بين باقي النُظُم التشريعية.

ب ـ الدراسة المقارنة تكشف عن ضعف التوضيب والتوظيف للقواعد

---

(1) حيث نجد مثلاً، أن التقسيم المعتمد في الفقه الشيعي الإمامي هو ما اقترحه المحقّق الحلّي(602 ـ 676هـ) في كتابه «الشرائع»، وتم اعتماده من قبل الفقهاء الآخرين الذين أتوا من بعده.

والأُسس العامة للتشريع الإسلامي في مجالات عدّة من قضايا الحياة التشريعية.

ج ـ الدراسة المقارنة تكشف عن عدم التوازن في ما يُبذل من جهود اجتهادية ـ فقهية بالنسبة إلى مجالات الفقه الواسعة، حيث لا نزال نشهد جهوداً كبيرة تبذل في مجالات أصبح الاجتهاد فيها من المباحات، لأنَّ مسائلها وموضوعاتها تحوّلت إلى قضايا مسلّم بها. بل أصبحت حسب بعض العلماء، من «ضروريات الدين»، التي ليست بحاجة إلى جهد نظري؛ لأن العمل الاجتهادي مجاله قضايا نظرية قابلة للخلاف والاختلاف، في حين أن مجالات عديدة ـ وهي من صميم العمل الاجتهادي الفقهي ـ لم يُشبع البحث فيها أو لم يتم التطرّق إليها أصلاً. وهذه الموضوعات والمسائل تدور في حقول عدة من الاقتصاد والسياسة والاجتماع، وقضايا التنمية والعمل والبطالة وغيرها.

د ـ الدراسة المقارنة تثبت أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ مكانتها المناسبة في الدراسة بين باقي النُظُم التشريعية، و«الفقه الإسلامي ـ في ميدان القانون العام ـ لا يزال في دور الطفولة»[1]. ويحتاج إلى مزيد من البحث، والتحقيق، والتمحيص، بل الاجتهاد والتنظير، قياساً بالقانون العام الوضعي الذي توسّع بشكل مطّرد، وتشعَّبت منه اختصاصات عدّة كالقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الدولي وغيرها.

---

(1) السنهوري، د. عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، منشورات محمد الداية، بيروت، د.ت.، ص 46.

انطلاقاً من هذين الاعتبارين، يعدّ البحث عن مدخل يتناول الخطوط العريضة لحركة التشريع ومجالاته أمراً ضرورياً وحاجة ماسة لكل دارس للفقه الإسلامي.

منهج الدراسة

تتناول الدراسة من حيث المنهج مجالات الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، وذلك من خلال البحث عن أهم معالم الفروع القانونية، وما لحقها من التطوّر الذي ترك أثره بصورة واضحة على التشريعات المعاصرة.

ولا شك في أنّ القوانين والتشريعات الوضعية من حيث النشأة والتطوّر تتبّع قانوناً واحداً، وتتأثّر بدرجة كبيرة من متطلّبات الواقع الاجتماعي. كما أن التشريعات ذات المنشأ الديني بدورها تتأثّر لجهة التوسعة والتعميق بالواقع الاجتماعي. ويبادر المجتهدون والفقهاء تحت ضغط الواقع وحاجاته إلى تفعيل العمل الاجتهادي والفقهي، والسعي للوصول إلى آراء وفتاوى فقهيّة لتلك الحاجات التي يُعبّر عنها بـ«المسائل المُبتلى بها» أو «النوازل».

لذا، فإنّ الدراسة المقارنة بين نظام التشريع الإسلامي والنُظُم القانونية الوضعية تتطلّب منا الوقوف على مجالات الدراسات القانونية الوضعية، ومعرفة المبادئ والأصول العامة فيها، ولا يعنينا في هذا المقام أن نحشد طائفة من المعلومات القانونية أكثر من أن نرسم طريقة بحث علميّة صحيحة، نستطيع من خلالها الوقوف على مباني الأفكار ومبادئ وأُسُس النظريّات القانونية.

كما يتطلّب منا البحث في داخل المدارس الفقهية الإسلامية الابتعاد قدر الإمكان عن التعرّض للاعتبارات الاجتهادية التي تختلف فيها المدارس والاجتهادات الفقهية، والتركيز على أُسُس وقواعد واعتبارات تشكِّل التراث الفقهي والاجتهادي المشترك للمسلمين، لاسيما تلك الاعتبارات المستندة إلى القرآن الكريم، والنصوص المُجمَع على صدورها عن الرسول الأكرم(ص).

وفي مطلق الأحوال سوف يخضع ترتيب الأبحاث للاعتبارات المنْطقية وضرورات البحث العلمي، ونسعى قدر الإمكان أن نقدِّم من الأبحاث ما هو الأعمّ، أو ما يُعتبر من الأساسيات فنبني عليها الأبحاث الأخرى الأكثر تفصيلاً وتشعّباً.

وفي ما يتصل بالمصادر والمراجع، فإننا سعينا ـ قدر الإمكان ـ للرجوع في إعداد الدراسة وجمع المادة ورسم الهيكليّة العامة للأبحاث، إلى المصادر والمراجع المُعتَمدة في مجال الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كما لم نغفل عن الدراسات المتّصلة بفلسفة القانون وفلسفة التشريع والفقه الإسلامي، حيث إن هذه الدراسات أخذت حيّزاً كبيراً من الاهتمام لدي في هذه الدراسة، لاسيما أن فلسفة الفقه تشكّل مجال اهتمامي الخاص لسنوات عدة.

نطاق الدراسة

ينبغي أن نؤكّد في البداية على اختلاف جوهري بين نظام التشريع الإسلامي، والنُظُم الوضعيّة حيث نشأت الأُسُس والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية في عهد الرسول (ص)، ممّا أدّى إلى مركزية التشريع الإسلامي وثبات قواعده الأساسية، بخلاف النُظُم الوضعية التي هي ـ في

الصميم ـ تاريخية ومتغيّرة لجهة الأُسُس والاعتبارات، واللاّمركزية سمة أساسية لتلك النُظُم، سواء كان النظام القانوني الوضعي هو القانون الروماني أم القوانين المعاصرة، لاسيما الغربية منها والتي هي ذات جذور رومانية في الأُسُس والاعتبارات.

من هنا، تشتمل الدراسة على بيان فروع وقواعد وأُسُس التقنين في النُظُم الوضعية، اعتماداً على الاعتبار السابق، كما أننا نتقيّد في بيان أُسُس وقواعد واعتبارات التشريع الإسلامي استناداً إلى تلك المركزية التي أشرنا إليها في التوّ.

سوف نركّز في دراستنا على الأصول والاعتبارات العامة، ونعرِّف بحقول الدراسات الفقهية والقانونية، وقد يستدعي البحث منا التعرّض إلى بعض الأسس والاعتبارات التفصيلية للفقه الإسلامي في بعض المجالات وذلك بسبب أهمية تلك الاعتبارات ودورها في رسم الإطار العام للتشريع الإسلامي.

محمد مصطفوي

بيروت، في 20 ـ 07 ـ 2004

تمهيـد

التعريف بنظام الحقوق والتشريع الإسلامي

أولاً: شرح المفردات

قبل أن نعرّف نظام الحقوق والتشريع الإسلامي ينبغي تعريف المصطلحات الواردة في هذا العنوان، وهي:

1 ـ النظام:

في اللغة، النظام: كل خيط يُنظم به لؤلؤ أو غيره. وليس لأمرهم نظام، أي ليس له هدي ولا متعلَّق يتعلق به[1].

وفي الاصطلاح، النظام System يعني جملة عناصر ماديّة أو غير مادية يتعلّق بالتبادل بعضها ببعض، بحيث تشكّل كلاً عضوياً وبنحوٍ

(1) الفراهيدي، الخليل بن احمد (ت 175هـ.): كتاب العين، ج3، قم، انتشارات أسوة، 1414هـ. ق. ص1810.

خاص مجموعة أفكار عملية أو فلسفية متراصّة منطقياً، لكن من حيث النظر إلى تماسكها بدلاً من النظر إلى حقيقتها»[1].

وبمعنى آخر النظام والمنظومة هي جملة عناصر مترابطة بروابط إذا تبدّل أحدها تبدّلت الروابط الأخرى كلّها، وبالتالي يغدو المجموع متبدّلاً[2]. من هنا، فإن النظام يُعبّر به عن «العناصر المرتبطة والمتناسقة بين بعضها البعض التي تُحدِث أثراً أو تؤدّي معاً عملاً معيناً، ويهدف إلى أمر واحد أو أمور مترابطة».

2 ـ الحقوق:

أ ـ في القانون الوضعي:

وللحقّ في القانون الوضعي معانٍ متعدّدة راجعة إلى النظريات المختلفة حوله، كنظرية الإرادة (النظرية الشخصية)، ونظرية المصلحة (النظرية الموضوعية)، والنظرية المختلطة التي تجمع بين النظريّتين السابقتين، والنظرية الحديثة.

فحسب النظرية الشخصية (الإرادة)، الحقّ سلطة للإدارة الفردية في نطاق معلوم مستمدّة من القانون؛ تبنّى هذه النظرية القانوني الإيطالي المعروف سافيني (Savigny)، وهى بدورها مستقاة من فلسفة هيغل (Hegel) التي تعتبر الإرادة جوهر الحق[3].

(1) موسوعة لالاند الفلسفية، ج 3، ط 1، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ص 1416 ـ 1417.

(2) برتالانفي (Bretalanffy)، ورد في: خليل، د. خليل احمد: معجم مفاهيم علم الاجتماع، ص186.

(3) أنظر: سلطان، د. انور: المدخل لعلم القانون، بيروت، مكتبة كريدية إخوان، 1981. ص233.

وحسب نظرية المصلحة التي تنظر إلى الحق من خلال موضوعه، فهو مصلحة يحميها القانون؛ أي أن العنصر الجوهري في الحق، وفقاً لهذه النظرية، ليس هو الإرادة بل هو المصلحة[1].

وحسب النظرية المختلطة فالحقّ هو الجمع بين الإرادة والمصلحة. وقد اختلف الدعاة إلى هذه النظرية في تحديد العنصر الذي تكون له الغلبة، فالبعض يغَلّب دور الإرادة على دور المصلحة، والبعض الآخر يغلّب المصلحة على الإرادة[2].

وأما حسب النظرية الحديثة التي تبنّاها القانوني البلجيكي دابان (Dabin) فيعّرف الحق بأنه: «ميزة يوفّرها القانون لشخص ما ويحميها بوسائله القانونية، وبمقتضاها يتصرّف الشخص في قيمة معترف بثبوتها لها، باعتباره مالكا أو مستحقاً لها»[3].

ويحلّل التعريف الأخير الحق إلى عناصر أربعة:

الاستئثار، أي استئثار شخص بمال معيّن أو بقيمة معيّنة.

التسلّط، وهو الوجه الآخر للحق.

التزام الغير باحترام الحق.

الحماية القانونية لصاحب الحق[4].

---

(1) ورد في المصدر السابق، ص234.

(2) انظر: كيرة، حسن: مبادىء القانون، طبعة 1968، ص293.

(3) سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص235.

(4) المصدر نفسه، ص236 وما بعدها.

وعبّر عن الاتجاه الحديث بتعبيرات مختلفة تؤدّي كلّها المعنى الذي يثبته دابان للحق[1].

وعرّف بعض القانونيين الحق في التراث القانوني الغربي «بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون»[2]. وكما هو واضح، فإن الحق حسب التعريف يشمل المصالح المادية دون المعنوية، ولذلك ميّز بين الحق، والرخصة، وهي «مكنة واقعية لاستعمال حريّة من الحريات العامة»[3]. فمثلاً المُلْكيّة حق ولكن القدرة على التملّك أو حرية التملّك رخصة.

ب ـ في الشرع الإسلامي:

قد يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ «الحق»، ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون حق الله وحق العبد، ويستعملون أحياناً لفظ «الالتزام»، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد.

والأصل أن الحق نوعان: حق الله وحق العبد، فحق الله ما يتعلّق به النفع من غير اختصاص بأحد، فيُنسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، ويشمل حقوقاً ثمانية[4]:

---

(1) أنظر: فرج، د. توفيق: الأصول العامة للقانون، طبعة 1972، ص315، ود. حسن كيرة: المصدر نفسه، ص296 ـ 297، ود. عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، 1976، ص238.

(2) السنهوري، د. عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1 ـ 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص9.

(3) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(4) أنظر: التلويح والتوضيح، ص705.

1 ـ عبادات خالصة، كالإيمان.

2 ـ عقوبات خالصة، كالحدود.

3 ـ عقوبات قاصرة، كالحرمان من الميراث.

4 ـ حقوق دائرة بين الأمرين، كالكفّارات.

5 ـ عبادات فيها معنى المؤونة، كزكاة الفطرة.

6 ـ مؤونة فيها معنى العبادة، كالزكاة.

7 ـ مؤونة فيها شبهة العقوبة، كالخراج.

8 ـ حق قائم بنفسه، كالخمس (خمس الغنائم).

ولحقوق الله منطقة واسعة حيث يلتقي مع القانون العام والقانون الجنائي والقانون المالي في القانون الوضعي[1].

أما حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة كالديّة والضمان، وهو إذن يدخل في منطقة القانون الخاص[2]. وهناك ما يجتمع فيه الحقّان، وحقّ الله غالب كالحدّ ويلحق بحقوق الله، وما يجتمع فيه الحقّان، وحقّ العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد.

يتبيّن مما ذكرنا أن المقصود من الحق والحقوق بإطلاقهما في الفقه الإسلامي أعمّ من القانون والحق في الاستعمال الوضعي، حيث إن الحق في المفهوم الإسلامي يشمل القانون بمعناه الوضعي في فروعه

---

(1) أنظر: السنهوري: عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص14.

(2) المصدر نفسه، ص47.

المختلفة من القانون العام والقانون الخاص بشقّيهما الداخلي والدولي، بينما المراد من الحق في القانون الوضعي هو الحقوق الثابتة للإنسان كونه إنساناً، وتقررها فروع القانون العام (كالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي)، وتنقسم إلى الحقوق السياسية والمدنية، والحقوق العامة والخاصة، والحقوق المالية، والحقوق غير المالية وغيرها من التقسيمات[1].

وبالتأمل في المرجعيّة الإسلامية للحقوق، يظهر أنّ الحق العام الذي يرجع استيفاؤه إلى الحاكم والدولة يُنسب إلى الله تعالى، وذلك لاعتبارات ثلاثة على الأقل:

أ ـ الاعتبار البُنيوي ـ القِيَمي:

وذلك باعتبار أن النسق البنائي والمرجعية الإلهيّة للأحكام تفترض أن تُنسب الحقوق العليا ذات القيمة القصوى إلى الله، كي يُضفى عليها طابع القدسيّة والاحترام المضاعف.

ب ـ الاعتبار المفهومي ـ المرجعي:

حيث إن المنظومة المفاهيميّة الإسلامية المؤسَّسة على محورية الله تستدعي أن يتمّ التعاطي مع المفاهيم وفق متطلّبات المنظومة، كي لا تحصل الفجوة بين الرسالة المُراد إيصالها والمتلقّي الذي ينبغي أن

---

(1) انظر: أبو الليل، د. ابراهيم، والألفي، د. محمد: المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، الكويت، جامعة الكويت، 1986م. ص171 وما بعدها. والقاسم، د. هشام: المدخل إلى علم القانون، دمشق، مطبعة الإنشاء، 1982م. ص274 وما بعدها. وفرج، د. توفيق: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 475 ـ 477 و488 ـ 489.

يستوعب الرسالة، وأن يبقى على تواصل مع المردود النفسي والاجتماعي للنّص وللأحكام المُستقاة منه[1].

جـ ـ الاعتبار الإجرائي ـ الوظيفي:

إنه لمن الصعب إيكال مهمّة تنفيذ استيفاء الحقوق العامة إلى الناس من دون السّعي ـ قدر الإمكان ـ للتخفيف من العواقب الوخيمة لحالات سوء التطبيق، لا سيّما في غياب دولة المؤسسات ـ بمفهومها المعاصر ـ ولذا نُسبت تلك الحقوق إلى الله تعالى ـ مباشرة ـ كي يتم التعاطي معها بدقّة متناهية، وللتخفيف قدر المستطاع من وطأة المفاعيل السلبية لسوء الإجراء..

ثم إنّ الوعي بالحقوق ـ بمفهومها الإسلامي ـ له أساسه في النص، ولعل رسالة الإمام علي بن الحسين زين العابدين(ع) (ت: 94 ـ 95هـ)[2]

(1) إن الشيخ الأنصاري(ره) بعد نقله لرواية «دَيْنُ الله أحق بالقضاء» ـ الذكرى للشهيد الأول، ص 75 ـ قضية الخثعمية. يعلّق قائلاً: «إنّ ظاهر الرواية كون حقّ الله ـ تعالى ـ أهمّ من حق الناس، مع أنّه خلاف الإجماع، وقد صرّح بعض من اختار خروج الواجب البدني الموصى به من الأصل بتقديم الواجب المالي كالدين عليه إذا دار الأمر بينهما. وبأنّه لو لم يوص بالواجب الديني لم يخرج من مال الميّت أصلاً بخلاف الدَّين، مع أن ظاهر روايتي تنزيل الحج منزلة الدين في الخروج من الأصل أن الدين هو الأصل في ذلك. وحينئذٍ فلا بد من جعل التعليل في الروايتين من قبيل القضايا الخطابية، التي يحسن استعمالها في مقام الخطابة». كتاب الوصايا والمواريث، طبعة مؤسسة باقري، قم، 1415هـ، ص169. ويبدو لي أن الإجماع الذي يستند إليه الشيخ لم يقم على أساس التميز بين الحق العام والحق الخاص، وتم الإجماع ـ المشار إليه ـ في ظل القراءة الفردية للنّص، ولو أخذنا بالاعتبار المردود الاجتماعي للحكم الشرعي، واعتمدنا القراءة الاجتماعية للنّص، لصعُبت دعوى الإجماع المذكور؛ حيث لا يبقى مجال لتصنيف كهذا، بل يُقَدّم حقّ الله في كثير من الموارد على حق الناس.

(2) أنظر: رسالة الحقوق للإمام زين العابدين، المطبوع ضمن: تحف العقول عن آل الرسول لابن شعبة الحراني (القرن الرابع الهجري)، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط2، 1404هـ، ص 255 ـ 272.

خير دليل على الاهتمام المبكِّر للفكر الإسلامي بالحقوق، لا سيّما في جانبها الإنساني والاجتماعي؛ حيث اشتملت الرسالة على خمسين بنداً، توزَّعت بين حقوق الله وحقوق الإنسان، وانقسمت الثانية بدورها إلى: حقوق الذات وحقوق الآخر.

كما نرى الوعي المبكر للحقوق هذه لدى فقهاء المذاهب الإسلامية كافة، والاستخدام الواسع لمصطلحَيْ حقوق الله وحقوق العبد (الناس) في عباراتهم. ويمكن أن نشير إلى نماذج في هذا السياق، منها:

ينقل ابن رشد الحفيد (أبو الوليد محمد بن أحمد، ت: 595هـ) عن أبي حنيفة (نعمان بن ثابت، ت: 150هـ)، أنه «ذهب إلى أنّ حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها»[1]، كما استخدم الفقيه الحنفي السرخسي (أبو بكر محمد بن أحمد، ت: 490هـ)، هذين المصطلحين استخداماً واسعاً[2].

ومثله الحنفي الآخر الكاساني (أبو بكربن مسعود، ت: 587هـ)[3]. وكذلك الأمر مع «الشوافع» بدءاً من الإمام الشافعي (محمد بن إدريس، ت: 204هـ)[4]، والشيرازي الشافعي (ت: 471هـ)، والنووي الشافعي (محي الدين، ت: 676هـ)، حيث استخدم الأخير حق الله أكثر من 67

(1) أنظر: ابن رشد الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ص 329.

(2) أنظر: السرخسي: المبسوط، ج2، دار المعرفة، بيروت، ص .157 وج3، ص 3، وج4، ص .97 وج6، ص .147 وج7، ص 92.

(3) أنظر: الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1409هـ، ص 303 وغيرها.

(4) أنظر: الشافعي: الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ، 1993م. تحقيق: محمد مطرجي.

مرة[1]. ومثلهم الحنابلة كالخرقي (ت: 343هـ)؛ وابن قدامة المقدسي (شمس الدين عبد الرحمن، ت: 683هـ)؛ إذ استخدم مصطلح «حق الله»، أكثر من 48 مرة[2]. ومن المالكيّة ابن رشد الحفيد[3].

وأما فقهاء الإماميّة، فقد استخدموا حق الله وحق العبد تبعاً للروايات كسائر فقهاء المسلمين، بدءاً من المفيد (محمد بن نعمان البغدادي، ت: 413هـ)، والطوسي (محمد بن الحسن، ت: 460هـ)[4]، والعلاّمة الحلّي (الحسن بن المطهر، ت: 771هـ)[5]، والكركي (نور الدين محمد بن عبد العال، ت: 940هـ)[6]، والنجفي (محمد حسن، ت: 1266هـ)[7]، وغيرهم. ولكن التميز الواضح بين الحقّ والحكم برز أول ما برز لدى الأنصاري (مرتضى، ت: 1281هـ) في مبحَثَي البيع[8] والخيارات[9]، من كتابه «المكاسب». ومن ثم صدرت رسائل خاصة بالبحث حول الحق

---

(1) أنظر: النووي: المجموع شرح المهذب للشيرازي، دار الفكر، بيروت، ج1، ص 315.

(2) أنظر: ابن قدامة: المغني، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 288.

(3) أنظر: ابن رشد: (م. س.)، ص 329.

(4) أنظر: المفيد: المقنعة، طبعة جامعة المدرسين، قم، 1410هـ. ص 255. وشرح المقنعة (تهذيب الأحكام)، للطوسي، دار الكتب الإسلامية، طهران، 1390هـ.

(5) أنظر: العلاّمة: قواعد الأحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط1، 1413هـ، ج3، ص 88، و 152، 498.

(6) أنظر: الكركي: جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، 1408هـ، ج1، ص 351 وج2، ص 118، ج6، ص 422.

(7) أنظر: النجفي، محمد حسن: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار الكتب الإسلامية، ط3، خورشيد، 1367هـ.ش.، ج7، ص 243. وج8، ص 295. وج 15، ص 4. وج17، ص 314. و ج17، ص 360، وج19، ص 444. وج 23، ص209.

(8) أنظر: الأنصاري: كتاب المكاسب، ج1، مؤسسة النعمان، بيروت، ص 223 ـ 224.

(9) أنظر: المصدر نفسه.، ج2، في أول كتاب الخيارات.

والحكم مثل: «رسالة الحق والحكم» للطهراني، هادي، (ت 1321هـ)، و«رسالة في الفرق بين الحق والحكم» لبحر العلوم، محمد، (ت: 1326هـ)، و«رسالة الضابط بين الحقّ والحكم» للأصفهاني، مير محمد تقي المدرس، (ت: 1333هـ)، و«رسالة الحقّ» للغروي، محمد حسين الأصفهاني، (ت: 1334هـ)، وغيرها من الرسائل[1].

3 ـ الإسلام:

الدين هو مجموعة من قواعد الإيمان والاعتقاد والأوامر والنواهي المستمدّة من الوحي وقوة عليا فوق بشريّة. والأديان ليست جميعها من طبيعة واحدة، وهي تُقسم من حيث مصدرها إلى أديان سماويّة وأديان غير سماويّة... كما تقسّم من حيث نطاقها إلى أديان فردية تُعنى فقط بتنظيم واجبات الإنسان تجاه خالقه وإزاء نفسه، كالدين المسيحي والبوذي، وأديان جماعية تُعنى بتنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية تنظيماً موضوعياً، إلى جانب عنايتها بقواعد الاعتقاد والأخلاق، كالدين الإسلامي واليهودي والكونفوشيوسي[2] مع الاختلاف في المصادر والتوجّهات والتفاصيل، حيث إن الدينيين الأخيرين معنيّان بالتنظيم القانوني لبيئة خاصة وقوم معيّن، ويتميز الإسلام عنهما بأنه ينطلق من خلال قواعد عقدية وأخلاقية واجتماعية ثابتة بالوحي والنصّ المُعتَبر، ولم يختلف اثنان في صحة صدوره وإن اختلفا في التفاصيل والجزئيّات،

---

(1) للمزيد من الرسائل والكتب المؤلفة لدى الإمامية حول الحق والحكم أنظر: مسألة الحق والحكم (بالفارسية ـ مقال)، بقلم صفري، رحمت الله، في مجلة: نامهء مفيد، العدد 3، خريف 1374 هـ. ش. (1996م)، ص 137 ـ 159.

(2) عالية، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ط2، بيروت. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1996م. ص107.

ويتضمّن الإسلام نظاماً قانونياً مؤسَّساً على أساس الشمول والصلاح لجميع البيئات والظروف لأنه يشتمل على مبادئ ثابتة، وعلى تدابير موقوتة، وأحكام استثنائية لأحوال الضرورات، وعلى أحكام مرتبطة بالأعراف والظروف الخاصة، وتتبدّل وتتطوَّر بحسب تبدّل تلك الأعراف وتطوّر الظروف، مع المحافظة على الفكرة الأساسية فيها وهي العدل والإنصاف[1]. يُضاف إلى ذلك ممارسة تلك القواعد والضوابط في ظلّ حكم إسلامي خلال فترات مختلفة من العصور الإسلامية، ما أدّى إلى تكوّن عرف وتراث وتراكم في العمل بتلك القواعد والضوابط.

ثانياً: المعنى التركيبي لنظام الحقوق الإسلامي

النظام القانوني ينظّم أمور المجتمع ويدير حاجة من حاجاته، وفقاً لمتطلّبات الواقع، وطبقاً للمرجعية التشريعية المعتمدة، كالنظام الاقتصادي والنظام القضائي والنظام التربوي. ويتطلّب النظام الارتباط العضوي بين الأهداف والمعايير والآليات وأدوات التنفيذ والإجراء والوسائل في آن واحد. فالنظام الاقتصادي مثلاً، يتطلّب ارتباطاً عضوياً بين الأهداف والمعايير وآليات العمل وأدوات الإجراء، في ما يتّصل بمجالات القانون التي تعالج قضايا المال والاقتصاد، بحيث تتصل هذه الأبواب بالأجهزة والمؤسسات المرتبطة بها اتصالاً وثيقاً يمكن تفسيرها تفسيراً نظرياً ضمن خطة من حيث الأهداف والآليات وكيفية الإجراء[2].

---

(1) الزرقاء، الشيخ مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام ج1)، ط7، بيروت، دار الفكر، ص29 (بتصرّف).

(2) أنظر: أهداف الفقه ومقاصد الشريعة (من فلسفة الفقه)، ص45 ـ 46، كراسة دراسية اعتمدناها في المرحلتين الخامسة والسابعة، للفصل الدراسي الأول من سنة 1420هـ، معهد الرسول الأكرم العالي، بيروت.

وعليه، يمكن تعريف النظام الحقوقي في الإسلام، بملاحظة المفاهيم السابقة، بأنه «جهاز منظّم يهدف إلى تنظيم المجتمع وعلاقات الأشخاص بتبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وحدود، مطابقاً لرأي الشرع». والمقصود من الأشخاص في التعريف هو كل من كان صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، سواء كان إنساناً فيسمّى بالشخص الطبيعي، أم كان غير الإنسان فيسمّى بالشخص المعنوي.

ويظهر من خلال التعريف الفرق بين القاعدة الشرعيّة والقاعدة الوضعيّة من جهتين:

أولاً: إن القاعدة الوضعية توجّه خطابها إلى الشخص باعتباره عضواً في مجتمع، حيث تفرض عليه سلوكاً معيناً نحو غيره من الناس. في حين أن القاعدة الشرعية داخل نظام فقهي معيّن أم خارجه توجّه خطابها إلى الشخص باعتباره فرداً، وباعتباره عضواً في مجتمع، فهي بالاعتبار الأول تحدّد سلوك الفرد نحو ربه وتجاه نفسه (حقوق الله)، وبالاعتبار الثاني تحدّد سلوكه إزاء غيره من الناس (حقوق الناس).

ثانياً: إن القاعدة الوضعية تنظِّم الروابط بين الأشخاص في المجتمع فقط، ولا تثبت الحقوق أو تقرّر الالتزامات وفقاً لها إلّا للشخص، ولا تُعنى بحكم العلاقة بين الشخص والحيوان أو الطبيعة. أما القاعدة الشرعية فيجوز أن يكون المحكوم له في خطابها حيواناً، فللحيوانات أهليّة وجوب تستحق بمقتضاها الإحسان في الرعاية والرفق في المعاملة. وتثبت لها هذه الحقوق ديانة في رأي أبي حنيفة وابن رشد المالكي،

وديانة وقضاءً في رأي غيرهما فترفع الدعوى من أجلها حسبة على المالك لها[1].

وفي ما يلي سوف نتكلم حول النظام الحقوقي في الإسلام بحثاً مقارناً بالقانون الوضعي من خلال العناوين العامة، ونبتعد قدر الإمكان عن الدخول في التفاصيل إلّا لضرورات منهجية، وهي موارد قليلة، وقبل الدخول في البحث ينبغي التعريف بالقانون والشرع والفقه الإسلامي، وبيان وجوه الاختلاف ونقاط الالتقاء بينه وبين القانون الوضعي.

(1) ابراهيم، الشيخ أحمد: مذكرة في الالتزامات في الشرع الإسلامي ص112، ورد في: د. سمير عالية. مصدر سابق، ص 93 ـ 94.

الفصل الأول

التعريف بالقانون والشّرع وقواعدهما

المبحث الأول: المقصود من القانون والشرع والفقه

المبحث الثاني: القاعدة القانونيّة والقاعدة الشرعيّة

الفصل الأول

التعريف بالقانون والشّرع وقواعدهما

المبحث الأول

المقصود من القانون والشّرع والفقه

المطلب الأول: مفهوم القانون الوضعي

أولاً: في اللغة:

القانون في اللغة يعني «الأصل[1] ومقياس كل شيء»[2]، وقيل إنه ليس بعربي[3].

---

(1) الرازي: مختار الصحاح، بيروت، 1981، مادة «ق.ن.ن» ؛ والفيدي: المصباح المنير، القاهرة، 1950، فصل القاف.

(2) الفيروز آبادي، المحيط، مجلد 4؛ ابن منظور، لسان العرب، مجلد 7.

(3) حيث ذهب البعض إلى أنه من اصل لاتيني مستخرج من كلمة (kanon) بمعنى القاعدة أو المسطرة، واقتبس منها الفرنسيون كلمة (canon) وأطلقوها على قرارات المجامع الكنسية. كما ذهب البعض أنه من اصل رومي أو فارسي (تاج العروس، ج9)، أو من أصل سرياني (المعلم البستاني، في قاموس، محيط المحيط، ط1983. ص760). أنظر بهذا الشأن: عاليه د.سمير: مصدر سابق، ص38. وأسود، د. نقولا: القانون المدني (المدخل)، الناشر: كلية الحقوق الجامعة اللبنانية 1985 ـ 1986. والألفي، د. محمد: مصدر سابق، ص10.

وينصرف لفظ القانون في عصرنا إلى العلاقة المطّردة بين ظاهرتين أو أكثر تؤدّي إلى نتيجة ثابتة، مثل «قانون العرض والطلب» في علم الاقتصاد. ويُطلق «القانون» لغة على كل قاعدة أو قواعد مطّردة يحمل اطّرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام[1].

وقد دخل لفظ القانون مجال التشريع في الدول الإسلامية والعربية منذ منتصف القرن التاسع عشر ميلادي، أي بعدما أقدمت الدولة العثمانية على سَنَّ تشريعات وضعية كقانون المرابحة العثماني لعام 1309هـ. 1887م، وشاع استعماله بعد استقلال الدول العربية والإسلامية[2].

ثانياً: في الاصطلاح:

القانون بالمعنى الواسع (law) هو «مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد»[3]، وهو المُراد بالبحث في هذه الدراسة، وأما القانون بالمعنى الضيق (Statue = law - act of parliament) فيُراد به مجموعة معيّنة من القواعد التشريعية الخاصة بأمر معيّن، مثل قانون الموظفين، أو قانون السير، أو قانون الجامعات وغيرها. والقانون بالمعنى الضيّق ينصرف فقط للتشريع المكتوب الصادر عن السلطة

---

(1) أنظر: كيرة، د. حسن: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000م، ص 11.

(2) البكري، د. عبد الباقي: المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، ج1، بغداد، جامعة بغداد، 1972، ص5. ورد في: سمير عاليه: علم القانون والفقه الإسلامي، ص39.

(3) الألفي، د. محمد ورفيقه: مصدر سابق، ص11.

التشريعية[1]، ويعنينا كما ذكرنا في هذه الدراسة القانون بمعناه الواسع وهو يتخصّص بالزمان والمكان[2].

المطلب الثاني: مفهوم الشرع الإسلامي

أولاً: في اللغة:

الشرع في اللغة نهج الطريق الواضح، ثم جعل اسماً للطريق النهج، وقد استعير للطريق الإلهي في الدين من حيث إن من شرّع فيه على الحقيقة روى[3].

والشريعة تُطلق في اللغة على الطريقة المستقيمة، كما أنَّ شرعة الماء تعني مورد الماء الذي يُقصد للشرب[4]، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا﴾[5].

---

(1) أنظر: كيرة، د. حسن، ن.م.، ص 19، وعالية، د. سمير: مصدر سابق، ص40؛ والصدة، د. عبد المنعم فرج، أصول القانون، ص12.

(2) وللقانون الوضعي (Droit positif) مصطلحات وهي:

أ ـ المادة القانونية (Article): ويُقصد بها النص القانوني المكتوب الوارد في تشريع معيّن ولها أرقام متسلسلة.

ب ـ القاعدة القانونية: ويُراد بها الوحدة القانونية التي تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة.

ج ـ النظام القانوني: والمقصود به مجموعة من القواعد القانونية تحكمها روابط قانونية معينة، كنظام الأسرة، ونظام المُلْكية الفردية وغيرها.

د ـ فرع القانون: والمُراد به مجموعة القواعد القانونية التي تحكم ناحية من نواحي الحياة الإجتماعية؛ كالقانون المدني وغيرها.

(3) (قال الشاعر: كنت اشرب فلا أروى فلما عرفت الله رويت بلا شرب).

(4) المختار من صحاح اللغة، ص265.

(5) سورة الجاثية: الآية 18.

ثانياً: في الاصطلاح:

و«الشرع» و«الشريعة» في الاصطلاح ما شرَّعه الله للناس من قواعد الدين، سواء كانت متعلّقة بالعقيدة الدينية أم الأخلاق أم بأفعال المكلّفين من عبادات ومعاملات. وهذا المفهوم يساوي معنى الفقه في صدر الإسلام[1].

ويمكن تقسيم قواعد الشرع الإسلامي حسب هذا التعريف إلى ثلاث فئات:

الأولى: قواعد العقيدة الدينية (المعتقدات الدينية)، ومحلّ دراستها علم الكلام أو العقائد.

الثانية: القواعد الأخلاقية (المثل العليا والقيم الخلقية)، ومحلّ دراستها علم الأخلاق أو العرفان.

الثالثة: القواعد العملية (الأحكام الشرعية)، ومحلّ دراستها علم الفقه[2]. وقد حصر بعض الفقهاء[3] مفهوم الشريعة بخصوص الفئة

---

(1) أنظر: شلبي، د. محمد مصطفى: المدخل في الفقه الإسلامي، بيروت، الدار الجامعية، 1985، ص27؛ وعاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص46، ويلاحظ على هذا التعريف ومثيلاته ادخالها لقضايا العقيدة والأخلاق ضمن القضايا التشريعية، ولو نظرنا إلى أساس الالتزام في القضايا المعتقدية لوجدناها خارج دائرة الأمر والنهي الإلهيّين، كما أنّ القضايا الأخلاقية راجعة إلى أمور معيارية يستقل بها العقل، وعليه يصعب إدخال المعتقد والأخلاق ضمن الشريعة (التي تفترض مصدرية إلهية لها). وأما لو كان المراد من الشريعة مجردة عن مصدريتها الإلهية فهذا ما يستبعد أن يكون مراداً للمعرّف.

(2) عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص49(بتصرف).

(3) فضل الله، السيد محمد حسين: فقه الشريعة، ط1، بيروت، دار الملاك، 1999م. ص. 7ولعل السبب في ذلك ما ذكرنا في الهامش السابق.

الأخيرة وعرّفها بما يلي: «الشريعة»: هي كل حكم أُخِذ من القرآن أو من أحاديث النبي وأهل بيته(ص)، أو ما ثبت عند المذاهب الإسلامية جواز الاعتماد عليه في استنباط الأحكام من الأصول والقواعد الفقهيّة، وهو الذي يصطلح عليه بـ«السنّة»، ويقابِل ذلك مصطلحُ «البدعة». كما أنَّ بعض علماء المسلمين أطلقوا الشريعة في مقابل العقيدة، فاعتبروا الإسلام عقيدة وشريعة[1].

أما القسم الثالث من الشريعة حسب التعريف السابق، فيسمّى تحديداً «الفقه الإسلامي»، وعليه «فإنَّ الفقه الإسلامي أو جزأه الخاص بالمعاملات ـ تحديداً ـ هو المرادف لفكرة القانون في عرف القانونيين[2].

المطلب الثالث : مفهوم الفقه الإسلامي

أولاً: في اللغة:

الفقه في اللغة له معنيان: الأول: مطلق الفهم، يقال فلان يفقه الخير والشر أي يفهمه.

الثاني: فهم مراد المتكلّم من كلامه، كما في قوله تعالى: ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾[3]؛ أي يفهموا المراد من كلامي. وغلب استعمال الفقه على العلم بأحكام الدين لشرفه، كما ورد عن النبي(ص): «إذا أراد الله بعبد خيراً فقّهه في الدين»[4].

---

(1) أنظر: شلتوت، الشيخ محمود: الإسلام عقيدة وشريعة، دار القلم، القاهرة.

(2) عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص49.

(3) سورة طه: الآية 27.

(4) كنز العمال، ح 28690، وح 28689.

ثانياً: في الاصطلاح:

كان الفقه يُطلق في صدر الإسلام على العلم بالقواعد الشرعية بجميع أنواعها (عقيدة كانت أم أخلاقاً أم عملاً)، ولما تمايزت العلوم، ضاقت دائرة الفقه وأصبح مختصاً بجزء من أجزائه وهو «القواعد العملية» فقط. ومن هنا، عُرِّف الفقه في الاصطلاح بأنه «العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلّتها التفصيلية»[1]، أو هو «علم استنباط الأحكام الشرعية أو علم عملية الاستنباط»[2].

هذا وتقتضي الدقة في الاصطلاح حسب البعض، عدم إطلاق اسم الشرع على الآراء الفقهيّة المحضة، بل احتفاظها بتسمية الفقه فقط، لأن الشرع من عند الله، وهو مستقر لا يمكن تبديله وتغييره، فإذا جوّزنا إطلاق اسمه على الآراء الفقهية التي تقبل التغيير، أدَّى ذلك إلى القول بجواز تغيير بعض قواعد الشرع وهو أمر غير جائز إسلامياً[3].

والفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها، ويتميّز عن سائر النُظُم القانونية في صياغتها[4]، ويشتمل على ما ينظّم علاقة الإنسان بربه (العبادات)، وعلاقة الأفراد والجماعات والدول بعضها بالبعض الآخر (المعاملات).

---

(1) زين الدين العاملي، الشيخ حسن: معالم الدين وملاذ المجتهدين، طبعة عبد الرحيم، ص 22.

(2) الصدر، السيد محمد باقر: دروس في علم الأصول، ج1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1418هـ، ص 42.

(3) أنظر، عبد الحميد، نظام الدين: مفهوم الفقه الإسلامي، ص19. ورد في: عاليه، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص69.

(4) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص6.

وقد قام فقهاء المسلمين بتقسيم الفقه (العبادات والمعاملات) إلى أقسام مختلفة، حيث قسَّم علماء الإماميّة (طبقاً للفقه الجعفري) الفقه إلى العبادات والعقود والإيقاعات والأحكام[1]، في حين أن فقهاء الحنفيّة قسّموا الفقه إلى العبادات والمعاملات والعقوبات[2].

أما أصحاب الشافعي فقسّموا الفقه إلى أربعة أقسام، وقالوا إنّ «الأحكام الشرعية إما أن تتعلّق بأمر الآخرة وهي العبادات، وإما بأمر الدنيا، وهي إما تتعلّق ببقاء النوع باعتبار المنزل وهي المناكحات، أو باعتبار المدينة وهي العقوبات[3].

ومما ذكرنا يتبيّن أن «المعاملات» بالمعنى الواسع للكلمة هي التي تقابل نطاق «القانون» في اصطلاح القانونيين. وقد استعمل بعض فقهاء المسلمين كلمة «قانون» بمعنى الفقه والشرع الإسلاميّن، حيث سمّى الفقيه المالكي أبو القاسم بن جزيّ الغرناطي (693 ـ 741هـ. ق) كتابه بـ«القوانين الفقهيّة». كما استعمل الفقيه الحنبلي ابن قيّم الجوزية (ت751هـ. ق) تعبير «القوانين السياسية» للدلالة على القواعد المقررة بأمر ولاة الأمر بناء على دواعي السياسة الشرعية[4].

---

(1) هذا هو التقسيم الذي اعتمده المحقّق الحلّي (ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن: 602 ـ 676هـ. ق.) في كتاب «الشرائع»، وتلقاه بالقبول فقهاء الشيعة من بعده كالشهيد الأول في «القواعد»، والشهيد الثاني في «المسالك»، والسيد محمد المجاهد في «المدارك»، والشيخ محمد حسن النجفي في «الجواهر». أنظر: مطهري، مرتضى: علم الفقه، بيروت، دار التيار الجديد، ط1، 1993م ـ 1412هـ، ص54.

(2) حاشية ابن عابدين، ج1، بيروت، دار الفكر، ط2، 1966، ص79.

(3) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج1، بيروت، شركة خياط، ص32. انظر: موسى، د. محمد يوسف: المدخل لدراسة الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، 1961، ص115.

(4) أنظر: عالية، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص77.

المبحث الثاني
القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية

المطلب الأول: مفهوم القاعدة القانونية وخصائصها

أولاً: مفهوم القاعدة القانونية:

وسبق أن عرّفنا القانون بأنه «مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الفرد في المجتمع»، وعلى هذا الأساس فإن مفرد القانون أو الوحدة التي يتكوّن من مجموعها هي القاعدة القانونية[1]. والقاعدة القانونية هي «خطاب موجّه إلى الأشخاص في صيغة عامة له قوة الإلزام»[2]. ونستطيع أن نقول إنها بمثابة الخليّة الأساسية التي يتألف منها القانون بمعناه العام.

ويمكن تحليل القاعدة القانونية إلى عنصرين رئيسين: أولهما: الفرض وثانيهما: الحكم. والفرض هو الظاهرة التي إذا تحقّقت تعيّن إعمال الظاهرة الثانية وهي الحكم، وعادة يبدأ الفرض بأداة الشرط «إذا»، ويبدأ جواب الشرط بلفظ «وجب»، من ذلك ما جاء في المادة 420/ 1 من التقنين المدني المصري من أنه «إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون البيع مطابقاً لها»، وقد يبدأ جواب الشرط بلفظ «جاز» في حالة التخيير بين أمرين مع وجوب أحدهما[3].

---

(1) عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص79.

(2) مرقس، د. سليمان: المدخل للعلوم القانونية، ط2، القاهرة، 1952، وورد في: القاسم، د. هشام: المدخل إلى علم القانون مصدر سابق، ص9 ـ 10.

(3) سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون مصدر سابق، ص9 ـ 10.

ثانياً: خصائص القاعدة القانونية:

يمكن إجمال خصائص القاعدة القانونية، إضافة إلى أنها وضعيّة (أي من صنع الإنسان أفراداً أو هيئة أو جماعات)، كالتالي:

أ ـ تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع:

إن القاعدة القانونية ترسم سلوك الأفراد في المجتمع وتكلّفهم بلزوم التقيّد به، وهي في رسمها للسلوك لا تقرّر ما هو كائن إنما تحدّد ما ينبغي أن يكون[1]، بطريق مباشر مثل النهي عن الأمر كالنهي عن الإضرار بالغير، أو كإباحة التعامل في الأشياء المستقبلة إلّا ما استثني منها، أو التكليف بأمر كالقوانين الخاصة بدفع الضرائب[2]، أو بطريق غير مباشر مثل الاكتفاء بتقرير أوضاع مراكز قانونية من دون النهي عن مسلك أو الأمر بعمل أو بالامتناع عنه[3].

والقاعدة القانونية تقتصر على تنظيم السلوك الخارجي للأفراد، تاركة لقواعد الدين والأخلاق و تهذيب الأمور الداخلية التي تتعلّق بالعواطف والنوايا. ومع ذلك يُعنى القانون، في بعض الحالات، بنوايا الأشخاص إذا اتصلت بسلوكهم الخارجي، و ذلك لتكييف التصرّف. فهو يبحث عن النية المصاحبة للعمل الإجرامي لتحديد ما إذا كان ناجماً عن خطأٍ غير مقصود، أو خطأ متعمّد، أو تعمّد مع سبق الإصرار[4].

---

(1) الصدة، د. عبد المنعم: أصول القانون، مصدر سابق، ص14. للمزيد حول خصائص القاعدة القانونية، أنظر: قاسم، د. محمد حسن والجمّال د. مصطفى محمد: النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، لا تاريخ، ص 24 ـ 44.

(2) سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص13. (بتصرف)

(3) المصدر نفسه.

(4) الألفي، د. محمد ورفيقه: مصدر سابق، ص13.

ب ـ التجريد والعموم:

تتميّز القاعدة القانونية بكونها مجرّدة عند نشأتها و صياغتها، عامة عند تنفيذها وتطبيقها[1]. ويُقصد بالتجريد أن الفرض وهو الذي ينصرف إليه الحكم، لا يختص بشخص أو بأشخاص معيّنين بذواتهم، ولا بواقعة أو بوقائع معينة، بل تنطبق القاعدة على كل شخص توافرت فيه صفات معينة، وعلى كل علاقة استكملت شروطاً معينة، وبذلك تتحقّق الخصيصة الأخرى للقاعدة وهي عموم التطبيق، بمعنى أن الحكم ينطبق على كل من يتوافر فيه الوصف المذكور في الغرض سواء كان شخصاً أم واقعة[2].

ج ـ الالتزام والجزاء:

لكي تصبح القاعدة القانونية ملزمة للأفراد وواجبة الاتِّباع من قبلهم، يجب أن تقترن بجزاء مادي، توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها[3]. والجزاء كما عرَّفه بعض القانونيين «شرّ معلّق على شرط مخالفة القانون بقصد حمل الإنسان على إطاعة أحكامه والعمل بمقتضاه». والجزاء يتميّز بأنه يوقع جهراً بواسطة السلطة العامة وفقاً لنظام معروف مقدّماً[4].

وتتنوّع صور الجزاء بطريقة تتناسب مع طبيعة القاعدة القانونية المراد

---

(1) الألفي، د. محمد ورفيقه: ص11.

(2) سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، ص13 ـ 14.

(3) عاليه، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص84، نقلاً عن «Del Vecchio».

(4) سلطان، د. أنور: ص15.

احترامها، فقد يكون الجزاء مرّة جنائياً، وأخرى مدنياً، وثالثة تأديبياً، ورابعة دولياً.

الجزاء الجنائي:

هو الذي يطبَّق على من يخالف قاعدة من قواعد «القانون الجنائي»، وهو أشد أنواع الجزاءات، لأنه مخصّص لحماية أمن المجتمع كالقتل العمد والسرقة، حيث إنَّ جزاء الجناية الأولى هو القتل أو الأشغال الشاقة، وجزاء الثانية وهي جنحة، السجن.

الجزاء المدني:

هو الذي يطبّق على من يخالف قاعدة من قواعد القانون الخاص، ولا ينفّذ إلّا بناء على طلب ذي المصلحة فيه.

الجزاء التأديبي:

هو الجزاء الذي توقعه السلطة المختصة على الموظف نتيجة إخلاله بواجبات الوظيفة العامة كالنظام الوظيفي بشكل عام.

الجزاء الدولي:

هو الجزاء الذي يتمّ تنفيذه على انتهاك إحدى قواعد القانون الدولي، كمن ارتكب جريمة بحق البشرية، أو كمن أخلّ بالأمن الدولي العام[1].

---

(1) أبو الليل، د. ابراهيم والألفي، د. محمد: المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق مصدر سابق، ص15 ـ 16 ؛ وسلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص15 ـ 16. وعاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص85 ـ 86.

المطلب الثاني: مفهوم القاعدة الشرعية وخصائصها

أولاً: مفهوم القاعدة الشرعية :

القاعدة في اللغة الأساس والأصل، وفي الاصطلاح، هي الحكم الكلّي لموضوع عام، فإن كان مصدرها شرعياً كانتن القاعدة شرعية.

وبتعبير آخر، القاعدة الشرعية هي «القاعدة التي تستفاد من القرآن والسنّة النبوية والمصادر الأخرى المعتبرة شرعاً، والتي تنظِّم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع بتبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وحدود، يجب عدم تجاوزها وإلّا تعرضوا للجزاء الشرعي الذي يستحقّونه»[1].

والقاعدة الشرعية هنا تساوق الحكم الشرعي، فهل يصح التعبير عن القاعدة الشرعية بالحكم الشرعي أم لا؟ يرى بعض المعاصرين صحة هذا الاستعمال استناداً إلى بعض علماء الأصول حيث إنهم عبّروا عن القاعدة الشرعية بالحكم الشرعي؛ ولذلك قسّموا الأحكام إلى الحكم التكليفي والحكم الوضعي وسوف نرى في ما يأتي إمكانية أو عدم إمكانية ذلك.

ثانياً: خصائص القاعدة الشرعية:

إن القواعد الشرعية (الأحكام)، ضمن اشتراكها مع القواعد القانونية في عموميّتها وكونها مجرّدة ومنظَّمة، واتصاف الاثنتين بالقوة الملزمة،

---

(1) زيدان، د. عبد الكريم: نظام القضاء في الشريعة الاسلامية، ص5 ـ 6.

واهتمامهما بتنظيم علاقة الإنسان مع غيره على أساس من العدل والمساواة. وغيرها من وجوه التماثل والشبه، فإنها تتميّز عن القواعد القانونية بما يلي:

أ ـ المصدر:

إن القواعد القانونية تأخذ شرعيّتها من الإنسان (فرداً أو مجتمعاً أو هيئة تشريعية)، في حين أن القاعدة الشرعية مصدرها الله، وتأخذ مشروعيتها منه تبارك وتعالى. وينتج من الاختلاف في المصدر الكثير من القضايا التفصيلية على مستوى القواعد القانونية وعلى ضوء الشرع.

ب ـ الجزاء:

يأتي الجزاء في القانون الوضعي دائماً بصورة عقاب، بينما يكون في الشرع الإسلامي ثواباً عن الطاعة وعقوبة وضماناً عن المخالفة، إضافة إلى نوع الجزاء؛ حيث إنه في الشرع تارةً دنيوي تمارسه السلطة الإسلامية، وتارة أخروي يُكافَأ به الإنسان أو يُعاقَب عليه في الآخرة.

ج ـ النطاق:

إن نطاق ودائرة القواعد الشرعية أوسع من دائرة القواعد القانونية، وذلك بدليل اهتمام القواعد الشرعية بتنظيم علاقة الإنسان بربه، مضافاً إلى تنظيم علاقة الإنسان بالإنسان.

كما أن القواعد الشرعية تهتمّ، إضافة إلى تنظيم العلاقات الظاهرية، بالجوانب الباطنية لعمل الإنسان.

د ـ الغاية

تهدف القواعد القانونية إلى حفظ النظام العام في المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار، بينما القاعدة الشرعية لا يقتصر دورها على ذلك، بل تهدف، فضلاً عن ذلك، إلى الارتقاء بالإنسان نحو الكمال والسمو المعنوي والخلقي من خلال العبادات وقضايا الأخلاق والآداب.

الفصل الثاني

أساس الإلزام في الفقه والقانون

المبحث الأول: أساس الإلزام في القانون الوضعي

المبحث الثاني: أساس الإلزام في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني

أساس الإلزام في الفقه والقانون

المبحث الأول

أساس الإلزام في القانون الوضعي

يختلف فلاسفة القانون حول أساس الإلزام[1] في القانون، وذلك نتيجة الاختلاف في تفسير القانون وطبيعته. ويمكن التمييز بين نوعين من التوجّه القانوني:

الأول: التوجّه الذي يركِّز على الجانب «الشكلي» للقانون، وهذا ما نعبّر عنه بـ«الاتجاه الشكلي»، ويمثّله «أستن» في إنكلترا ومدرسة تقديس النص في فرنسا.

---

(1) أنظر: دياس: فلسفة القانون، ترجمة: هنري رياض، بيروت، دار الجيل، 1985؛ ومرقس، د. سليمان: فلسفة القانون، دراسة مقارنة، مكتبة صادر، بيروت، 1999، ص 1270 ـ 191. وفرج، د. توفيق: الأصول العامة للقانون، مصدر سابق، ص83 وما بعدها ؛ وكيرة، د. حسن: مبادئ القانون، مصدر سابق، ص97 وما بعدها، وعالية، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص145 وما بعدها؛ وكانط، إيما نويل، وبدوي، عبد الرحمن: فلسفة القانون والسياسة، الكويت، وكالة المطبوعات، 1979، ص 5 ـ 33.

الثاني: التوجّه الذي يركّز على جوهر ومضمون القانون من دون الشكل وصورته، وهذا ما نعبّر عنه بـ«الاتجاه الموضوعي». ومن الممثّلين لهذا الاتجاه، مدرسة «جيني» في فرنسا، والمدرسة الطبيعية، والمدرسة الواقعية، والمدرسة المثالية وغيرها.

المطلب الأول : الاتّجاه الشكلي

أولاً: إرادة الحاكم

تتلخّص هذه النظرية في أن أساس الإلزام في القانون يكمن في إرادة الحاكم وأمره، ويُفترض فيها وجود حاكم ومحكومين، أو هيئة حاكمة ومحكومين، حيث يتمّ إصدار القانون من الحاكم وإطاعته من المحكومين، ويُفترض فيها وجود جزاء على المخالفة.

ومن هنا، ينفي «أست» فكرة القانون الدولي العام[1]، لفقدان أحد الشرطين السابقين فيها، وهو عدم وجود حاكم أو هيئة حاكمة يكون لها حق السيادة والأمر من دون معقِّب.

وقد دعم هذه النظرية الفيلسوف الإنكليزي «أُستن Austin»، وإن لم يكن هو أول قائل بها، حيث إن النظرية لها جذور لدى فلاسفة اليونان، ومن القائلين بها قبل «أستن» الفيلسوف الألماني «هيغل Hegil» والفيلسوف البريطاني «هوبز Hobbs». ويلاحظ على هذه النظرية:

أ ـ اهتمامها بالشكل دون المضمون وبالحاكم دون المحكومين، في حين أن المضمون والمحكومين ركنان أساسيان في القوانين نشوءاً

---

(1) أنظر: Austin: Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of positive Law, 4 1838, Vol. I pp. 187 - 188 ورد في: عاليه، د. سمير: (مصدر سابق)، ص 147.

وتطوّراً؛ إذ القوانين تُسنُّ للشعوب، يلزم أن تكون محقّقة لرغبتها مستجيبة لحاجتها[1].

ب ـ عدم شمول النظرية للقانون الدولي العام، في حين أن الأخير يعدُّ قانوناً بالمعنى الصحيح لدى غالبية علماء القانون.

ج ـ عدم قدرتها على تفسير جهة الإلزام في القوانين إلّا من خلال ما يُفترض من جزاء المخالفة.

ثانياً: إرادة المشرِّع (مدرسة تقديس النص)

هذه المدرسة تتّفق مع نظرية «أُستن» في جعل إرادة المشرِّع المصدر الأصلي للقانون، وتؤكّد على التعرف على إرادة المشرِّع الحقيقية حين وضع النص القانوني، ويتمّ كشف الإرادة في هذه النظرية من خلال ألفاظ النص مستنداً إلى قواعد اللغة والمنطق.

وحينما لا يتيسّر الوصول إلى إرادة المشرِّع لفقدان النص، تُفترض إرادة المشرِّع افتراضاً، ويُصار على أساس الافتراض إلى الكشف عن الإرادة نظراً إلى النصوص الأخرى المتوفّرة من المشرِّع.

ولقد برزت هذه المدرسة بالظهور في مطلع القرن التاسع عشر بعدما تم تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها إسم «تقنين نابليون».

يلاحظ على مدرسة تقديس النص، إضافة إلى ما ورد في

---

(1) عامر: د. عبد العزيز: المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي، القاهرة، المطبعة العالمية، 1969، ص41.

ـ ورد في: عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص148 (بتصرّف).

الملاحظتين الأولى والثالثة على مدرسة «أستن»، أن الطريقة المتّبعة لدى مدرسة تقديس النص وإرادة المشرِّع تؤدّي إلى الجمود على القوانين والتشريعات السابقة، وقبول هيمنتها من دون وجود مبررّ للحفاظ عليها والالتزام بها.

المطلب الثاني: الاتّجاه الموضوعي

أولاً: نظرية القانون الطبيعي:

ظهرت فكرة القانون الطبيعي عند فلاسفة اليونان الذين قالوا بوجود قواعد قانونية تنبع من العقل، وتسمو على غيرها من قواعد القانون الطبيعي، بل إن هذا القانون الأخير يُعتبر عادلاً أو جائراً بقدر ما يتّفق أو يختلف مع قواعد القانون الطبيعي الذي هو المثل الأعلى للكمال[1].

ولهذه النظرية جذورها اليونانية، وقد نسب الفيلسوف اليوناني «سوفوكل» القانون الطبيعي إلى القواعد الإلهيّة التي لم تسطّر مطلقاً، وهي الأبدية الباقية التي لا تتغيّر. وعند «أرسطو» لا يتحقق إصلاح عيوب القانون الوضعي، إلا بالاتجاه نحو العدالة، وهي ليست إلا القانون الطبيعي[2].

ثم إن التاريخ اللاّحق للقانون الطبيعي مدين للفلسفة الرواقية التي ظهرت بعد «أرسطو». ومع أنه اعتبر العدل الطبيعي عامّاً لكل الناس، فإن مفهومه عن العدل المثالي كمفهوم «أفلاطون»، كان مرتبطاً بفكرة الدولة المدنية اليونانية الصغيرة نسبياً. أما المذهب الرواقي فقد شدّد

---

(1) سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، ص59.

(2) عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص151.

على «عالمية الطبيعة البشرية» و«أخوَّة الإنسان». وكان من ميزات هذا المذهب البارزة تشديده على العقل باعتباره الخاصة الأساسية للإنسانية. وعندما انتشر مذهب القانونين في المذهب الرواقي، أي «قانون المدنية Police» و«قانون المدينة الكونية Cosma Police»، اعتُبر هذا القانون قانوناً عقلانياً. وأسهمت الأفكار الرواقية في هذا التوسع؛ حيث كانت الأساس في ظهور التشريع الروماني المعروف باسم «قانون الشعوب Jus Gentium»، وهو القانون الذي كان يطبّق على الرومانيين والأجانب في الدولة الرومانية[1].

وانتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى رجال الكنيسة في العصور الوسطى في أوروبا، فصبغوها بصبغة دينية، وأصبح القانون الطبيعي هو ذلك القانون الإلهي الأزلي. وازدهرت فكرة القانون الطبيعي على يد القديس «توما الأكويني»[2].

وقد اتّجه فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر الميلادي إلى وجود حقوق طبيعية للإنسان لصيقة به، ثابتة قبل نشوء الدول وتنظيم المجتمعات، بل إن تنظيم المجتمع يرجع إلى وجود عقد اجتماعي (Social Contract) خرج به الإنسان من عهد الفوضى إلى عهد المجتمع المنظّم الذي تهيمن عليه سلطة حاكمة[3].

وأعطى الكاتب البريطاني «جان لوك John Locke» (1632 ـ 1704)

(1) لويد، دينيس: فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، عالم المعرفة 47، تشرين الثاني 1981م. ص95 ـ 96.

(2) عالية، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص151.

(3) سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص62.

دفعاً مهماً للقانون الطبيعي بتنظيره للعقد الاجتماعي وفقاً للقانون الطبيعي. وجاء التأثير الثاني المهم لصالح القانون الطبيعي بواسطة الفرنسي «جان جاك روسو Jean - Jack Rousseau»

ومن المفيد القول إنّ المعالجات الحديثة للقانون الطبيعي أخذت أشكالاً ثلاثة: كاثوليكية، وفلسفية، واجتماعية. فالنظرية الكاثوليكية ما زالت مؤثّرة في البلدان التي تمارس فيها الكنيسة الكاثوليكية سلطة معتبرة، ولا تزال تحتفظ بالشكل الذي أورده القديس توما الأكويني.

والأشكال الفلسفية للقانون الطبيعي في القارة الأوروبية أخذت شكل «الكانطية الجديدة New Kantism»؛ أي أنها حاولت تطوير فكرة «كانط» عن عالم القانون المنبثقة من العلوم الاجتماعية لكي تستخرج وتستنبط الحقائق الأولية عن حوافز الإنسان أو حاجاته، ونماذج السلوك التي تبدو لا غنى عنها لتحقيق هذه العوامل الإنسانية في المجتمع.

من جانب آخر، فإن التركيز القوي على العالم الاجتماعي في الولايات المتحدة الأميركية أدّى إلى تطوّر يفوق أي تطور مماثل في أي مكان أخر[1].

ويمكننا أن نلخِّص نظرية القانون الطبيعي بما يلي[2]:

أ ـ تعتقد نظرية القانون الطبيعي بوجود قواعد مثالية عادلة تسمو على القواعد الوضعية، وتفرضها طبيعة الأشياء نفسها بالنسبة إلى علاقات البشر في ما بينهم.

---

(1) أنظر: لويد، دينيس: ص 106 ـ 107.

(2) أنظر: قاسم، د. هشام: ص53.

ب ـ يتمّ الكشف عن القواعد التي تفرضها الطبيعة بواسطة العقل الإنساني السليم.

ج ـ إن القواعد الوضعية لكي تكون ملزمة، عليها ألا تخالف مبادئ القانون الطبيعي.

ومما ذكرنا يتّضح لنا أن فكرة القانون الطبيعي مرّت بمراحل عدة، واختلف موضوعها حسب المراحل التاريخية، كما اختلف دُعاتها في تحديد جهة الإلزام فيها، ففي حين تركّز طائفة منهم على الإرادة الإلهيّة مصدراً أساسياً للطبيعة وقوانينها، يركز آخرون على الطبيعة نفسها وعلى القوانين التي تحكمها بعيداً عن الإرادة الإلهيّة[1].

يُلاحَظ على فكرة القانون الطبيعي:

أ ـ عدم وضوح الركائز والمنطلقات، ما جعل أصحاب التوجّهات المختلفة في فلسفة القانون يستندون إليها لتبرير توجّهاتهم. فكما يستند «سقراط» إلى القانون الطبيعي لتوجيه أفكاره، يستند «السوفسطائيون» إليه أيضاً لدعم فكرتهم. وكذلك يفعل أصحاب النوايا الحسنة ودعاة حقوق الإنسان لتدعيم توجهاتهم الإنسانية. وفيما يستند «أرسطو» إلى هذا القانون لتبرير عبودية اغلب الناس في المجتمعات البشرية، نجد الاتجاهات الفاشية تتوسل القانون ذاته لتبرير جرائمها بحق الإنسانية.

---

(1) أنظر بهذا الصدد: Leo Staruss, Natural Right and History, Chicago Univerity Press, 1953 Paul E. Sigmond, Natural law in Political Thought, Cambridge, 1971.

ب ـ ما أورده «كولسن» وغيره، من الترديد في إمكان اشتقاق القضايا المعيارية من القضايا الضرورية الثابتة كالقانون الطبيعي[1]. إلّا أن هذا الترديد يعتمد بالدرجة الأولى على الجانب النظري أكثر منه إلى الجانب الواقعي، حيث إن «كولسن» لم يستطع أن يهتدي إلى معادلة تبرِّر له الاشتقاق، وقد يستطيع غيره صياغة نظرية قادرة على ربط القضايا المعيارية بالقضايا الضرورية الثابتة.

ج ـ عدم قدرة النظرية على تجسيد حجَّة الإلزام في القواعد القانونية.

ثانياً: المدرسة التاريخية :

بدأت معالم المذهب التاريخي في الظهور في القرن الثامن عشر في كتابات وأقوال بعض المفكرين الفرنسيين، ومن ذلك ما أشار إليه «مونتسكيو» و في كتابه «روح الشرائع» من أنه «ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تُخلَق له، حتى أنه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أُمَّةٍ أمةً أخرى»، فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد، ومركزها واتّساعها، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب، ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم.

كما ذهب «بورتاليس»، وهو أحد واضعي التقنين الفرنسي، إلى القول: «تتكون تقنينات الشعوب من الزمن، فهي في الحق لا تصنع»[2].

---

(1) أنظر: Hans Kolsen, General Theory Of Law and State, New Yourk, 1961.

(2) Le dr. indivinduel et l, Etat Beudant، ورد في: سلطان د. أنور: مصدر سابق. ص66. أنظر: كيرة، د. حسن: المدخل إلى القانون مصدر سابق، ص64 وما بعدها. وفرج، د. توفيق: المدخل للعلوم القانونية، ص110 وما بعدها.

وهي تُعتبر بمثابة ردّ فعل لنظرية القانون الطبيعي التي تبنّتها الثورة الفرنسية وساد زمناً طويلاً فيها[1].

وكان رائد هذه المدرسة وشارحها القانوني «سافيني Savigny»، وذلك من خلال رسالة شهيرة كتبها رداً على القانوني «تيبو Thibout»، حيث كان الأخير يدعو إلى قانون مدني ألماني شبيه بالقانون المدني الفرنسي.

تقوم هذه المدرسة على مقومات أهمها[2]:

- نفي أن يكون القانون ناشئاً من التفكير والاستنباط كما يدعو أصحاب القانون الطبيعي، ونفي أن يكون وليد إرادة الحاكم كما كان يقول «أستن»، بل هو وليد حاجة المجتمع ويتأثّر بظروف المجتمع، ويختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة.
- نفي الغائيّة عن القانون، لانعدام الإرادة العاقلة التي توجّه حركة التشريع.
- الاعتماد الكبير على العرف في التقنين كونه المصدر الأمثل للقانون، وتعبيراً صادقاً عن ضمير الجماعة وإرادة المجتمع.

ويُلاحَظ على المدرسة التاريخية:

أولاً: نفيها للهدف عن القانون من خلال إغفال دور الإرادة الواعية

---

(1) أنظر: دياس: فلسفة القانون: مصدر سابق، ص127؛ والقاسم، د. هشام: مرجع سابق: ص65؛ وعالية، د. سمير: مصدر سابق ص155.

(2) أنظر: سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، ص 67 ـ 68. وعالية، د. سمير: ص 155 ـ 156.

للإنسان في صناعة القوانين والتشريعات، وإغفال الجانب التشريعي للأديان السماويّة.

ثانياً: اعتداد المدرسة التاريخية بوجود ضمير الجماعة، وجعلها قضية مسلّماً بها، في حين أن هذا الافتراض لا يمتُّ إلى الدليل والبرهان.

ثالثاً: الإسراف في الاعتداد بالظروف الاجتماعية لكلّ جماعة، والدعوة إلى بناء القوميّات القانونية، وإغفال المشتركات الإنسانية والإرادة الواعية التي تحكم تصرّفات الإنسان وسلوكه الاجتماعي.

رابعاً: عدم وجود ركائز ومنطلقات أساسية في المدرسة التاريخية نستطيع من خلالها تفسير أساس الإلزام في القوانين والتشريعات، إلّا ما ادّعت هذه المدرسة من وجود ضمير للجماعة يحكم على أساسه.

المبحث الثاني
أساس الإلزام في الفقه الإسلامي

لم يتناول الفقهاء المسلمون بيان أساس الإلزام في القواعد الشرعية في كتبهم الفقهيّة، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى أن أساس الإلزام في الشرع الإسلامي يرتبط بالنسبة إلى المسلمين بالعقيدة من دون الفقه، وكون الفقه الإسلامي جزءاً من الشريعة بمعناها العام الشامل للعقيدة والأخلاق. وبعد ثبوت العبودية والطاعة المطلقة لله تعالى، في العقائد وعلم الكلام، لا يحتاج البحث عن الموضوع في الفقه، وإن كان أساس الإلزام بالنسبة إلى غير المسلمين مجاله الفقه من دون العقيدة.

من هنا، نستطيع القول إنَّ مصدر الإلزام في الإسلام هو الشعور

الداخلي، الشعور بالرضا والقناعة المطلقة التي تؤدّي إلى التجاوب التلقائي مع ما عقد عليه قلبه وآمن به، يلازمه ضغط وجداني مبعثه الشعور بالمسؤولية تجاه ما التزم به[1]. ويمكن البحث عن أساس الإلزام بالنسبة إلى المسلمين من خلال نظريات خمس وهي: «نظرية حق الطاعة» و «نظرية الابتلاء» و «نظرية الولاية» و «نظرية الحقوق العامة» و «نظرية المصلحة العامة». وسوف نتكلم عن هذه النظريات ومن ثم نبحث عن أساس الإلزام بالنسبة إلى غير المسلمين.

المطلب الأول : نظريّة حق الطاعة

إن نظريّة حق الطاعة تبتني على أن العقل العملي يحكم بوجوب طاعة المولى، ويستند العقل العملي في حكمه هذا إلى تصوّر خالق يرجع إليه الإنسان في الخلق والوجود. وبما أن وجود الإنسان يستند إلى الله، وهو المالك، فمن حقه توجيه التكليف إلى العباد ومن وظيفة العبد إطاعة التكاليف الموجّهة إليه من منطلق حكم عقلي مستقل بذلك. ثم إن الولاية وحق الطاعة على ثلاثة أقسام:

أ ـ الولاية الذاتية الثابتة بلا جعل واعتبار، والتي هي أمر واقعي على

---

(1) إن نظرة المؤمن إلى الشريعة هي مبعث الإلزام والالتزام بأحكامها في آنٍ واحد. ويشرح عبد القادر عودة هذه الفكرة بقوله: «لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادئ متفرّقة ثم تجمّعت، ولا نظريات أوليّة ثم تهذبت. ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطوّرها ونمت بنموّها، وإنّما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة ولا ترى فيها عوجاً، ولا تشهد فيها نقصاً... وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أنّ الشريعة من عند الله جلّ شأنه وهو يقول: ﴿لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ﴾ (سورة يونس: الآية 64). وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مرّ الزمان». التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1405هـ، 1985م، ص 15 ـ 16.

حد واقعيّات لوح الواقع، وهذه مخصوصة بالله تعالى بحكم مالكيّته لنا الثابتة بملاك خالقيته؛ وهذا مطلب ندركه بقطع النظر عن مسألة شكر المنعم الذي حاول الحكماء أن يخرجوا بها ولاية الله سبحانه ولزوم طاعته؛ فإن ثبوت الحق بملاك المالكية شيء وثبوته بملاك شكر المنعم شيء آخر. أما بخصوص سيادة الله التكوينية فكما أن إرادته التكوينية، نافذة في الكون كذلك إرادته التشريعية نافذة عقلاً على المخلوقين.

ب ـ الولاية المجعولة من قبل المولى الحقيقي، كما في الولاية المجعولة للنبيّ أو الوليّ، وهذه تتبع في السعة والضيق مقدار جعلها لا محالة.

ج ـ الولاية المجعولة من قبل العقلاء أنفسهم على أنفسهم، كما في الموالي والسلطات الاجتماعية، وهذه أيضاً تتبع مقدار الجعل والاتفاق العقلاني»[1].

وعلى هذا الأساس، فإن الطاعة تثبت لله تعالى بالذات ومن خلال حكم العقل العملي، وأما الولاية وحق الطاعة للنبي(ص) وغيره من المعصومين، فهي مجعولة من قبل الله تعالى، والسبب الملزم تارةً حقيقي وأخرى جَعْلي.

المطلب الثاني: نظرية الابتلاء والتكليف

لفظة «الابتلاء» مفردة قرآنية، ووردت في قوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا

---

(1) الصدر، السيد محمد باقر: بحوث في علم الأصول، م4، ص 28 ـ 29 (تقرير السيد محمود الهاشمي).

ٱلْإِنسَٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ ﴾[1]، وغيرها من الآيات. ونظرية الابتلاء تُعنى بتفسير خلق الإنسان بالدرجة الأولى، ومن ثم تبيين التكاليف الموجَّهة إلى الإنسان من قبل الشريعة.

توضيحه:

إن عملية خلق الإنسان لا يمكن أن تتمّ اعتباطاً وعبثاً، بل انطلاقاً من وجود إرادة واعية تستند إليها عملية الخلق (الإرادة الإلهية). وبما أن خلق الإنسان عمل واعٍ هذا يعني أنه عمل هادف في الوقت نفسه، فما هو الهدف الذي ينشده؟

إن الهدف الذي تنشده عملية الخلق لا يخلو من صورتين: ما هو عائد إلى الله؛ وما هو عائد إلى الإنسان.

أ ـ ما هو عائد إلى الله:

والمقصود بالهدف العائد إلى الله تبارك وتعالى هو أن تعود عملية الخلق بفائدة إليه، وبما أن رجوع الفائدة إلى الله ليس له جدوى منطقية، كونه غنياً عن الفوائد، والفائدة تفترض فيها مسبقاً الحاجة والنقص وهذا الاحتمال غير وارد. لذا فلا يمكن أن تتمّ عملية الخلق لهذه الغاية.

ب ـ ما هو عائد إلى الإنسان:

والمقصود بالهدف العائد إلى الإنسان هو أن تعود عملية الخلق بفائدة إليه، ورجوع الفائدة إلى الإنسان له جدواه، كما أنه ينسجم مع

---

(1) سورة الإنسان: الآية 2.

الصفات الإلهيّة التي يعتقد بها المسلم، ومن هذه الصفات، أنه تعالى «فيّاض»، وخلق الإنسان فيض من فيوضاته تعالى .

وبما أن الخلق ينشد الفائدة الراجعة إلى الإنسان، فما هي الفائدة أو الفوائد التي يمكن أن تعود إلى الإنسان من خلال عملية الخلق؟

من هنا، يلزم وجود «التوجيه»، والتوجيه يعني الهَدْي إلى الطريق من خلال دائرتين:

الأولى: العقل، الذي تم تزويد الإنسان به.

الثانية: الشرع، كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾[1] .

وبما أن الكمال هو الغاية والوصول إليه يتوقف على التوجيه، وبما أنّ التوجيه يتمّ من خلال العقل تارةً ومن قبل الشرع تارةً أخرى؛ وفي كلتا الحالتين يترتب على التوجيه وجود التكليف، لذا يلزم التكليف من أجل الوصول إلى الهدف والغاية القصوى من الخلق.

وبناءً عليه يلزم على المسلم الالتزام بالشرع والتكاليف الشرعية؛ لأنه يؤدّي إلى تحقيق الغاية من خلقه.

المطلب الثالث : نظرية الولاية

هذه النظرية تقوم على إثبات الولاية لله ولمن جعل له الولاية من قبله تعالى. والولاية تستدعي الطاعة، فكما أن الله له ولاية تكوينيّة على جميع المخلوقات بما فيها الإنسان، وبموجبها يستطيع التصرُّف

---

(1) سور الجاثية: الآية 18.

اللّامحدود في الخلق وشؤونه؛ كذلك فإن لله تعالى ولاية تشريعيّة على الإنسان تستدعي التقنين والتشريع منه تعالى، والانقياد والطاعة من العباد. والولاية ثابتة أساساً لله تعالى وينتقل منه إلى كل من يجعل له الولاية، والولاية المجعولة على هذا الأساس تشمل الرسول والإمام والفقيه.

أ ـ ولاية الله:

إن الولاية التشريعية ثابتة أساساً لله تعالى بحكم العقل، ويرشد إليه قوله تعالى: ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾[1].

ب ـ ولاية الرسول:

هل الرسول له الولاية التشريعية، أم لا؟

استند البعض إلى الآية السابقة لنفي الولاية التشريعية للرسول، ولكن هل الحصر في الآية يعني نفي كل أنواع التشريعات أم بعضها عنه؟

إن ما تقتضيه قواعد الشرع، والجمع بين هذه الآية والآيات الأخرى كقوله تعالى: ﴿قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾[3]، هو أن التشريع الممنوع هو التشريع غير المأذون فيه، والذي يعتمد على الأهواء ولا يعتمد على أُسُس ثابتة وراجعة إلى الله تعالى. وبتعبير آخر، لا يجوز

---

(1) سورة الأنعام: الآية 57.

(2) سورة يونس: الآية 59.

(3) سورة النحل: الآية 116.

التشريع في عرض التشريعات الإلهيّة، ويجوز التشريع الطولي والمأذون فيه. والتشريع الذي يبادر إليه الرسول هو التشريع الذي يستند إلى أُسُس سماوية ومأذون فيه لما ورد في قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾[4]. وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[5]. وقوله تعالى: ﴿ٱلنَّبِىُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾[6]. وقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾[7]. فبموجب هذه الآيات ومثيلاتها تثبت الولاية للرسول(ص)، وكل ما يأمر به وينهى عنه، يجب على المسلم التقيّد به.

ج ـ ولاية الإمام:

وأما الولاية للأئمّة المعصومين لدى الشيعة الإماميّة الإثني عشريّة فمستندها الآية الكريمة: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾[8]، حيث فُسّرت في الروايات والأحاديث الواردة بأئمّة أهل البيت(ع).

---

(1) سورة النساء: الآية 59.
(2) سورة النجم: الآيتان 3 و4.
(3) سورة النساء: الآية 80.
(4) سورة النساء: الآية 105.
(5) سورة الأحزاب: الآية 36.
(6) سورة الأحزاب: الآية 6.
(7) سورة الحشر: الآية 7.
(8) سورة النساء: الآية 59.

مضافاً إلى ما ورد عن النبي(ص)، نذكر رواية زيد بن أرقم وهي: قال رسول الله(ص): «إني تارك فيكم ما أن تمسكتم به لن تضلوا بعدي، أحدهم أعظم من الآخر، وهو كتاب الله حبل ممدود من السماء إلى الأرض، وعترتي أهل بيتي لن يفترقا حتى يردا عليّ الحوض، فانظروا كيف تخلفوني فيهم»[1].

وما أخرجه الترمذي وأورده ابن الأثير عن جابر بن عبد الله الأنصاري أنه قال: «رأيت رسول الله(ص) في حجة الوداع يوم عرفة وهو على ناقته القصواء يخطب، فسمعته يقول: «إني تركت فيكم ما إن أخذتم به لن تضلّوا، كتاب الله وعترتي أهل بيتي(ع)»[2].

يتضح من ذلك: أن الاقتران بين كتاب الله وأهل البيت، لاسيما بالنظر إلى التعليل (المنع عن الضلالة)، لا يعني إلا تصويب قولهم وفعلهم وتقريرهم، وهو ما يصطلح عليه بالعصمة ويلازمها الولاية. وقد فسّر بعض علماء السنة «أولي الأمر» في الآية 59 من سورة النساء، بمطلق الحاكم وإن كان حكمه غير شرعي.

فبموجب الآية الكريمة والروايات الواردة عن النبي(ص) يجب إطاعة الإمام (أولي الأمر)، وتثبُت ولايته على المؤمنين. كما استند فقهاء الإمامية إلى ما ورد عن أئمة أهل البيت(ع) بالنسبة إلى الفقهاء الجامعين للشرائط، لإثبات الولاية للفقيه الجامع للشروط أيضاً، كما في مقبولة عمر بن حنظلة[3]، ورواية أبي خديجة[4]. ومكاتبة إسحاق بن

(1) ابن الأثير: جامع الأصول، ج1، ص 187.

(2) المصدر نفسه: ج1، ص 187.

(3) وسائل الشيعة، ج18، ص 99.

(4) المصدر نفسه، ج18، ص 100.

يعقوب[1]، وغيرها ومؤدّى هذه الروايات ثبوت الولاية العامة للوليّ الفقيه[2]. وبموجب هذه الروايات فإن الفقيه الجامع للشرائط الذي يتصدّى للشأن العام (قضايا الحكم) يجب طاعته وتثبت له الولاية على المؤمنين.

المطلب الرابع: نظريّة المصلحة العامة

تقوم المجتمعات البشرية على مبدأ المصالح المشتركة «الصالح العام»، وهذه المصالح هي من حقوق الناس التي تُحال إلى الحكم والدولة، وتكون هذه الجهة مؤتمنة على الحفاظ على تلك الحقوق واستيفائها والحيلولة دون تعرّضها للخطر من أي جهة كانت.

والدولة التي هي الجهة المعنية باستيفاء الحقوق والموكلة بالحفاظ عليها، لها سلطة شأنّية لجهة صيانة تلك الحقوق، وتستطيع اللجوء إلى القوة المحميّة بالقانون عند تعرّض تلك المصالح للخطر.

غير أن «الإلزام» الذي تفرضه الدولة على المواطنين، وتطلب من خلاله التقيّد بما يصدر عنها من أوامر ونواهٍ بغرض الحفاظ على المصالح العامة، لا يختصّ بالحكم الإسلامي ولا المجتمع الإسلامي وإنما له صفة عامة ويُمارس ضمن قواعد الحكم وسلطة القانون. وأساس الإلزام هذا راجع إلى البناء العقلائي القاضي بحماية الصالح العام، ودرجة

---

(1) المصدر نفسه، ج18، ص 101.

(2) أنظر: الإمام الخميني: الحكومة الإسلامية (ولاية الفقيه)؛ والشيخ حسين علي المنتظري: دروس في ولاية الفقيه.

الإلزام تخضع بدورها لاعتبارات عقلائية، وتؤخذ بعين الاعتبار المصلحة المعينة وما توفّر من مصالح .

مضافاً إلى الإلزام الذي يفترض فيه وجود طرف له حق بفرضه، يمكن اعتبار أنّ المصلحة العامة تتطلب التزاماً من الأطراف المعنيين بها، والالتزام بعكس الإلزام لا يفترض فيه وجود طرف يلزم بل ذات تلتزم، ولكن لا يلغي ذلك وجود طرف يرعى الالتزامات ويحاسب المخالف والمتعدّي .

المطلب الخامس : نظريّة الحقوق العامة

من المفيد القول انّ الحقوق العامة التي أشرنا إليها في أبحاث سابقة من شأنها أن تولّد إلزاماً مرتبطاً بها كي يصار به إلى المحافظة عليها . ومدى أهمّية تلك الحقوق تحدّد درجة الإلزام ونوعية الخطوات المطلوبة لصيانتها. ولا شك بأن الحفاظ على الحقوق يحتاج إلى جهة مسؤولة عن صيانتها والدفاع عنها واستيفائها في المجتمع . وهذه الجهة هي الدولة التي تستطيع أن تفرض إلزامات ناشئة من تلك الحقوق على المجتمع والأفراد على السواء ، كما أن من شأن تلك الحقوق أن تفرض التزامات على المجتمع والأفراد .

ولكن هذا الإلزام كسابقهِ لا ينحصر بالمجتمع الإسلامي ولا الحكم الإسلامي ، وإنما هو عامّ يدور مدار الحقوق العامة سواء كان مصدرها الدين أم المجتمع . كما أن درجة الإلزام تدور أيضاً مدار الحقوق نفسها قوة وضعفاً. وينطبق هنا أيضاً ما ورد حول مبدأ الالتزام في الحقوق العامة بحذافيرها .

المبحث الثالث

أساس الإلزام لغير المسلمين

كما ذكرنا، فإن أساس الإلزام لغير المسلمين مجاله الفقه دون العقيدة، وذلك لعدم اعتقاد غير المسلم بما يعتقده المسلم، ومن هنا لا بد من أساس فقهي للإلزام؛ ويمكن تقريبه على أساسين مختلفين، أي من خلال الفقه التقليدي المبني على تقسيم العالم إلى دار الإسلام ودار الحرب، أو على مبدأ المواطنة بتخريج فقهي يلائم الاعتبارات الفقهيّة.

المطلب الأول : أساس الإلزام والفقه التقليدي

يرى الاتجاه التقليدي أن أساس الإلزام يمكن أن يَوجه من خلال اعتبارين اثنين :

أ ـ عقد الذمة[1] :

وهو العقد الذي يتمّ بين الذمّي وبين الحكم الإسلامي، وبموجبه يتحوّل الذمّي إلى فرد من رعايا دار الإسلام، يُجعل له ما للمسلم وعليه ما على المسلم؛ وهذا نوع من «العقد الاجتماعي» الذي يفرض على الذمّي الالتزام خارج دائرة معتقداته الدينية، وقوامه الإرادة المنفردة من جهته لرعاية ضوابط دار الإسلام[2] في الشرع الإسلامي. وبموجب هذا

---

(1) توقف القانونيون وعلماء الحقوق حول نظرة الإسلام إلى غير المسلم (الذمّي)، هل هي نظرة تمييز أم نظرة ترميز، فعلى الأول تطرح مشكلة المساواة أمام القانون وما يترتّب على ذلك من مباحث، في حين أن الموضوع على الاعتبار الثاني هو ملاحظة الخصوصية الثقافية والاجتماعية لدى الغير والتعامل معه تحت سقف متطلّبات الواقع الاجتماعي، من دون أن تلزمه بقواعد وأحكام لها جذور عقدية. وللبحث مجال آخر، ونكتفي بهذه الإشارة السريعة.

العقد تتوجّه تكاليف إلى الذمّي نتيجة التزامه مراعاة التشريعات الإسلامية، كون العقد تمّ أساساً بموجب مبدأ «التراضي». وهو يلزم الطرف الثاني (الحكم الإسلامي) توفير مستلزمات الحياة الاجتماعية لغير المسلمين، في ظل القوانين والتشريعات الإسلامية.

ب ـ الاستئمان :

وأما أساس الإلزام بالنسبة إلى المستأمن ووجوب الالتزام بالقواعد الشرعية والإسلامية المرعيّة الإجراء في ظل الحكم الإسلامي، فيرجع إلى الأمان الممنوح له من قبل الدولة الإسلامية في مقابل التزامه بالقواعد المعمول بها في هذه الدولة. فالأمان الممنوح من قبل الحكم الإسلامي[1] يعطي للمستأمن حق الإقامة والرعاية ويجعل له حقوقاً، ويطلب منه بالمقابل مراعاة وتطبيق القوانين المرعية الإجراء.

من هنا، فإن أساس الإلزام بالنسبة إلى ذمّي والمستأمن معا، حسب هذا الاتجاه، هو الالتزام الذي يقطعه هؤلاء على أنفسهم مقابل الدولة الإسلامية وما يترتّب عليه من ثبوت الحق لهم في الرعاية من جانب الدولة الإسلامية.

---

(1) يأتي الكلام السابق حول الذمّي في الهامش السابق هنا أيضاً، بمعنى أن هذا التقسيم في الفقه الإسلامي هل أساسه التميز أو الترميز؟ ونظراً إلى أن هذا التقسيم يتصل بعنصري الزمان والمكان ومتطلبات الواقع، فالموضوع قابل للتغير بتغيير الواقع.

(2) إن الكتب الفقهيّة تجيز منح الأمان من قبل كل أفراد المسلمين لغير المسلمين. ويبدو أن أساس هذا القانون يرجع إلى ما كان سائداً في المجتمع، حسب القواعد العقلائية المتسقة مع الزمان والمكان. وأما في عصرنا فلا يمكن بشكل من الأشكال، قبول هذا النوع من الأمان الشخصي حيث إنه يخالف السيادة والسلطة التي تحتكرها في عصرنا الدولة الحديثة. من هنا، فإن الأمان أو ما يصطلح عليه في عصرنا بالإقامة أو تأشيرة الدخول والسفر هي من صلاحيات الحكومة من دون أفراد المجتمع.

المطلب الثاني : أساس الإلزام ومبدأ المواطنة

مما لا شكّ فيه أنّ الاعتبارين الأخيرين ليس لهما مبرّر ولا وجود في عالمنا المعاصر الذي يرى تنظيم العلاقات بين الدولة والناس المقيمين في إقليمها على «أساس المواطنة» لا غير . من هنا ينبغي أن يتّجه الفقه الإسلامي ضمن قواعده العامة والخاصة للبحث عن اعتبارات جامعة لتفسير «الإلزام» في ضوء الفقه والحكم الإسلاميين . كما أن الاعتبارين السابقين أي «نظرية المصلحة العامة» و«نظرية الحقوق العامة»، قادران من حيث المبدأ على تفسير الإلزام على أساس إسلامي ، ولكنهما يحتاجان إلى تعميق نظري وبلورة عملية من خلال التنظير والممارسة ، وهما من مسؤوليات الفقهاء المفكّرين والحكام في العالم الإسلامي .

كما يمكن أن ننطلق من اعتبار آخر لتفسير الإلزام وهو مبدأ «حفظ النظام العام» حيث إنه من الواجبات الأساسية في الشرع الإسلامي، وأهم «من جميع الملاكات الواقعية للأحكام المقتضية لحفظها بالاحتياط»[1]، حيث لا يجوز الإخلال بالنظام العام تحت أي ظرف من الظروف[2].

وعليه، فإنَّ المجتمع الذي يخضع لقوانين إسلامية تحافظ على النظام العام، مضافاً إلى ملاكات أخرى تستدعي الالتزام بتلك القواعد

---

(1) الحكيم، السيد سعيد: المحكم في أصول الفقه، ج3، جاويد، قم، ط1، 1414هـ، نشر: مؤسسة المنار، ص 309.

(2) ويبدو أنّ الثورة الشعبية بهدف الإصلاح، وتغيير النظام الفاسد، هي خارج موضوع الإخلال بالنظام العام، فلا يطلق عليها الإخلال، وإنّما الإصلاح.

والقوانين بالنسبة إلى المسلم. فإن هناك مصالح عموميّة أساسها حفظ النظام العام، وحفظ هذه المصالح ليس مختصاً بالملتزم بالأحكام الإسلامية بل يجب على كل عضو لهذا المجتمع سواء أكان منتمياً إلى الإسلام أم لم يكن منتمياً إليه[1].

من هنا، يمكن القول إن لا فرق جوهرياً بين الالتزام العقلي والعقلائي (الاجتماعي والأخلاقي) الذي هو الأساس في رعاية القوانين السارية المفعول في الدول المختلفة بالنسبة إلى المقيمين فيها، وبين الإلزام لغير المسلمين في الدولة الإسلامية. فإن كان أساس الإلزام هو عنصر المواطنة فهو أيضاً في الحقيقة نوع من الإلزام العقلائي ـ الإنساني(الاجتماعي ـ الأخلاقي)، الذي ليس له جذور عقدية.

---

(1) يرى العديد من المتكلمين وعلماء أصول الفقه أن قاعدة حفظ النظام العام أساسه العقل العملي ولها صلة قربى بقاعدة التحسين والتقبيح العقليّين. أنظر: المظفر، محمد رضا: أصول الفقه، ج1، مكتب الإعلام الإسلامي، قم، ط4، 1990، ص 219.

الفصل الثالث

أقسام القانون والشرع

المبحث الأول: القانون العام والقانون الخاص في النظام الوضعي

المبحث الثاني: القانون العام والقانون الخاص في النظام الإسلامي

الفصل الثالث

أقسام القانون والشرع

تمهيد:

تنقسم القواعد القانونية إلى تقسيمات عدّة طبقاً لاعتبارات التقسيم:

فتارةً تنقسم على أساس العلاقة القانونية التي تحكمها إلى قانون داخلي ينحصر تطبيقه في حدود إقليم خاص (إقليم الدولة التي تصدر القانون)، وإلى قانون خارجي يمتدّ تطبيقه خارج إقليم الدولة (كالقانون الدولي).

وأخرى تنقسم على أساس شكل القاعدة القانونية إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة، كالقواعد ذات المصدر العرفي.

وثالثة تنقسم على أساس طبيعة العلاقات التي ينظّمها القانون إلى قانون عام وقانون خاص، الأول ينظّم العلاقات لكي تكون الدولة باعتبارها صاحبة السيادة[1] في المجتمع طرفاً فيها، والثاني ينظّم العلاقات التي يكون الأشخاص طرفاً فيها.

---

(1) أنظر حول مفهوم السيادة: نصر، د. محمد عبد المعز: في النظريات والنُظُم السياسية، دار النهضة العربية، 1973، ص 415، وما بعدها. وفينسنت، أندرو: =

ورابعة تنقسم على أساس قوة الإلزام إلى قواعد آمرة وناهية لا يجوز مخالفتها، وإلى قاعدة مكمّلة ومفسّرة ليس فيها تلك القوة الملزمة.

وسوف نعرض للقسمين الأخيرين في القانون الوضعي بشيء من التفصيل، ونعقب عليهما بالبحث من خلال الفقه الإسلامي:

المبحث الأول

القانون العام والقانون الخاص في النظام الوضعي

أولاً: أساس التفرقة:

إن المعيار التقليدي للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يقوم على أساس أن العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها تخضع لقواعد القانون العام، أما تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم فتخضع لقواعد القانون الخاص[1].

إلّا أن هذا المعيار للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص لا يستطيع أن يفسّر المعاملات التي تمّ عقدها بين الدولة باعتبارها شخصاً اعتبارياً عادياً وبين شخص أو مؤسسة قانونية، لدخول المعاملة في حالة كهذه ضمن القانون المدني وهو أحد فروع القانون الخاص.

= (Andrew Vincent): نظريات الدولة، ت: مالك أبو شهيوه، ورفيقه، ط1، بيروت، دار الجيل، 1997م، ص79، وما بعدها.

(1) أنظر: سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، ص28؛ وفرج، د. توفيق: الأصول العامة للقانون، ص38، وما بعدها؛ ود. كيرة، حسن: المدخل إلى القانون، ص62 وما بعدها؛ وأبو الليل، د. إبراهيم: مصدر سابق، ص26 وما بعدها، وعاليه، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي مصدر سابق، ص170، والقاسم، د. هشام: المدخل إلى علم القانون مصدر سابق، ص78 وما بعدها.

من هنا، عدل كثير من القانونيين عن هذا المعيار في التفرقة، وقالوا بأن القانون العام ينظّم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة، أمّا القانون الخاص فينظّم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة عندما لا تكون طرفاً فيها بالوصف المذكور[1].

ومع ذلك فإن التفرقة الأخيرة أيضاً لم تسلم من النقد، حيث إن بعض النُظُم القانونية لا يأخذ بها ولا يعترف بقيمتها، كالشرع الإسلامي، والقانون الكنسي الكاثوليكي، والقوانين الأنكلوساكسونية، والقانون السوفييتي سابقاً، لأن الأخير لم يكن له قانون خاص[2]، والتشريعات والقوانين السابقة لم تفرّق بين القانون العام والقانون الخاص، وإن كان الشرع الإسلامي يقيم نوعاً من القضاء الإداري يسمّى في الفقه بـ«قضاء المظالم»[3].

ويُلاحَظ أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تفرقة نسبية على أساس غلبة المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، ولذا فهي مرنة تتغيّر من مكان إلى آخر ومن زمن إلى غيره تبعاً لما تعتبره الجماعة من المصالح العامة أو من المصالح الخاصة. فتحديد أجر العمل وعدد ساعاته كان يخضع لاتفاق خاص بين رب العمل وعمّاله. أما الآن فإن التشريعات الداخلية والمعاهدات الدولية تقدّر حداً أدنى للأجور وعدداً معيّناً من ساعات العمل لا ينبغي تجاوزها، فهي بذلك تكون قد خرجت من نطاق المصالح الخاصة لتصبح من صميم المصالح العامة[4].

---

(1) سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص28.

(2) أنظر: أبو الليل، د. إبراهيم وزميله: المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق مصدر سابق، ص27؛ وعاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص172.

(3) أنظر: الماوردي، أبو الحسن: الأحكام السلطانية، ص 77 وما بعدها.

(4) أبو الليل، د. إبراهيم وزميله: مصدر سابق، ص 28.

ثانياً: أهميّة التفرقة:

تتمثّل الفروق الأساسية بين القانون العام والخاص بما يلي:

أ ـ قواعد القانون العام جميعها ملزمة (آمرة) لا يجوز مخالفتها، لأنها تحمي المصالح العامة، بخلاف قواعد القانون الخاص حيث إنها تشمل قواعد كثيرة ليست ملزمة (آمرة)(1).

ب ـ إن القانون العام، لاختصاصه بالمسائل المتعلّقة بالسيادة، يزوّد السلطات العامة في الدولة بوسائل استثنائية لا يخوّلها القانون الخاص للأفراد، وعليه تستطيع السلطات العامة أن تتوسل الوسائل القهريّة لتنفيذ ما يراد تنفيذه(2).

جـ ـ إن الاختلاف القائم بين القانون العام والقانون الخاص يخوّل الدولة إنشاء جهة قضائية خاصة مستقلة عن القضاء العادي مهمّتها النظر إلى المنازعات المتعلّقة بالقانون العام، وهذه هي المحاكم الإدارية المعروفة(3).

المطلب الأول: فروع القانون العام

يشمل القانون العام القواعد القانونية التي تنظِّم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتُسمّى بالقانون الدولي. والقواعد القانونية التي تنظم العلاقات المتصلة بحق السيادة في المجتمع تُسمّى بالقانون الداخلي العام وله فروعه المختلفة وسنتناول هذه الفروع كلاًّ على حدة.

---

(1) أنظر: سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص29.

(2) أنظر: عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص172؛ وسلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص30.

(3) أنظر: فرحات، ألبير: المدخل للعلوم القانونية، بيروت 1987، ص79.

أولاً: القانون الدولي العام

يُراد بالقانون الدولي العام مجموعة القواعد التي تنظّم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر، وتحدّد حقوق كل منها وواجباتها في حالات الحرب والحياد، وعلاقتها بالمنظمات الدولية[1].

وقد نشأ هذا القانون في غربي أوروبا للدول المسيحية، وأول دولة إسلامية قُبلت في عضوية الأسرة الدولية بموافقة الدول الأوروبية الخمس العظمى (فرنسا والنمسا وبريطانيا وبروسيا وروسيا) هي تركيا العثمانية في سنة 1856م[2].

أ ـ نطاق القانون الدولي العام

يبحث القانون الدولي العام في أقسام ثلاثة: الأول: القواعد التي تنظّم العلاقات بين الدول في حال السلم. الثاني: القواعد التي تنظّم العلاقات بين الدول في حال الحرب. الثالث: القواعد التي تنظّم العلاقات بين الدول في حال الحياد[3].

القسم الأول يتضمّن بيان الدول والعناصر التي تتكوّن منها، وأنواع الدول وحقوق وواجبات الدولة، كحق البقاء وحق السيادة وحق المساواة وحق المُلْكية (ملكيّة الإقليم) وحق القضاء وحق التمثيل الدبلوماسي وحق المعاهدات السياسية والتجارية وغيرها.

---

(1) أبو هيف، د. علي صادق: القانون الدولي العام، الإسكندرية، نشأة التعارف، 1973، ص17. ورد في: عالية، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص173.

(2) أنظر: سلطان، د. حامد: أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، ص8 و10.

(3) أنظر: سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون مصدر سابق، ص 31 ـ 32؛ وعالية، د. سمير: مصدر سابق، ص174.

القسم الثاني يتضمّن بيان العلاقات التي تقوم بين الدول في حال الحرب، كإعلان الحرب والآثار التي تترتّب عليها، وحقوق الدول المتحاربة، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين، والأسلحة الجائز استعمالها وتلك المحظور استعمالها وغيرها.

القسم الثالث يتولّى تنظيم العلاقات بالنسبة إلى الدول المحايدة حين الحرب كواجباتها وواجبات رعاياها نحو الدول المتحاربة، وتهريب الأسلحة الحربية والحصار البحري و... وقد اتسع نطاق هذا القانون بظهور منظمات دولية جديدة إثر الحربين العالميتين الأخيرتين، وأهمها منظمات للأمم المتحدة، كالجمعية العامة للأمم المتحدة، ومجلس الأمن الدولي، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ومجلس الوصاية الدولي، ومحكمة العدل الدولية، ومنظمة اليونسكو للثقافة العالمية، ومنظمة الصحة العالمية، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، وصندوق النقد الدولي، وغير ذلك.

كما اتّسع نطاق هذا القانون من خلال الدور العالمي الذي تمارسه الولايات المتحدة الأميركية والدول المتحالفة معها خصوصاً حلف (الناتو)، كما حصل في حرب الخليج الثانية، وأزمة البلقان، والحرب على أفغانستان والعراق.

ب ـ مصادر القانون الدولي العام

لا توجد هيئة تشريعيّة دولية تملك الحق في سنّ قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلي[1].

---

(1) عالي، د. سمير: مصدر سابق، ص174.

ويُعتبر العرف الدولي أهم مصادر القانون الدولي العام، ومن بعده تُعتبر المعاهدات الدولية مصدراً في هذا الشأن إذا أبرمت بين عدد غير محدود من الدول في أمور تهمّ الدول كلّها، والمصدر الثالث هو المبادئ القانونية العامة التي تعتمد عليها النُظُم القانونية المتمدّنة.

وأما قضاء المحاكم وأقوال القانونيين في مجال القانون الدولي فدورها هامشي وليس أصلياً. وفي عصرنا، تلعب التحالفات الدولية، والقوة والنفوذ السياسيان الدور الأساسي في إرساء قواعد القانون الدولي العام، وفي تطبيقها على صعيد المجتمع الدولي.

ج ـ مشروعيّة القانون الدولي العام

لا يوجد اتفاق بين القانونيين حول مصدر مشروعية القانون الدولي العام، ففي حين يرى فريق أن قواعد هذا القانون تُعتبر قواعد قانونية مثلها مثل قواعد القانون الداخلي، يرى فريق آخر عدم مشروعيّة القانون الدولي العام لفقدان أركان التقنين فيه، وذلك لعدم وجود سلطة عُليا فوق الدول لها السيادة الدولية في وضع القوانين وإجرائها وإيقاع الجزاء المنظّم بمن يخالفها[1].

ثانياً: القانون العام الداخلي:

والمقصود بالقانون العام الداخلي القواعد القانونية التي تنظّم العلاقات المتّصلة بحق السيادة في المجتمع داخلياً. ويشتمل على فروع

(1) أنظر: Austin: The Philosophy of Positiv Law. Vol. II, Pp 89, وكيرة، د. حسن: المدخل إلى القانون مصدر سابق، ص71.

عدة كالقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الجنائي بفرعيه. وفي ما يلي عرض موجز لهذه الفروع:

أ ـ القانون الدستوري

يُعرّف القانون الدستوري بأنه ذلك «الفرع القانوني الذي يحدّد القواعد القانونية المتعلّقة ببنية الدولة وطريقة ممارسة السلطة السياسية»[1].

والمقصود ببُنية الدولة، شكل تنظيمها، من خلال مؤسسات الدولة (وخاصة الأجهزة التشريعية والتنفيذية والقضائية)، وهذه البُنى الدستورية تختلف من دولة إلى أخرى.

كما أن المقصود من السلطة السياسية هو سلطة الأمر والقيادة التي يمارسها الحكام تجاه المحكومين[2]. فالقانون الدستوري، هو القانون الأساسي للدولة، وهو أساس كلّ تنظيم في الدولة، وأسمى القوانين وأعلاها مرتبةً، وعليه لا يجوز أن يصدر قانون آخر داخل الدولة يتعارض مع قواعده أو يخالفها؛ لأن القوانين الأخرى أدنى منه في المرتبة.

والقانون الدستوري يقرّر الشكل الذي تتّخذه الدولة، من مَلَكيّة أو جمهورية، ديمقراطية أو ديكتاتورية، بسيطة أو اتحادية وغيرها. كما

---

(1) كادو، شارل: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط2، دار كوجا Cujas، 1980، ص80، ورد في: د. زهير: الوسيط في القانون الدستوري، ج1، ط3، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1994م، 1414هـ.ق.، ص7.

(2) المصدر نفسه، ص8.

يحدّد السلطات العامة في الدولة، وينظّم علاقات كل سلطة منها بغيرها من السلطات، ويحدّد اختصاص كل منها، كما يحدّد حقوق الأفراد وحرياتهم كالحرية الشخصية، وحرية الدين، وحرية الاجتماع، والتعليم والمسكن و. . . كذلك يقرّر حقوق الأفراد بالمساواة في الحصول على الوظيفة العامّة وفي التكاليف العامة كالضرائب وأداء الخدمة العسكرية[1].

ب ـ القانون الإداري

القانون الإداري هو القواعد التي تنظّم نشاط السلطة التنفيذية وكيفية أدائها لوظيفتها الإدارية[2]، ذلك أن السلطة التنفيذية تباشر نوعين من الأعمال، الأول يشمل الأعمال الحكومية. . .كدعوة المجلس التشريعي إلى الانعقاد، وإعلان الحرب، وإبرام المعاهدات، وإعلان حالة الطوارئ، وهذه أمور . . .تدخل في نطاق القانون الدستوري. والنوع الثاني يشمل الأعمال الإدارية، وهي التي تتعلّق بإدارة المرافق العامة، ويتكفّل بها القانون الإداري[3].

فالقانون الإداري يُعنى بأمر تشكيل وترتيب المصالح العامة في

---

(1) أنظر: شكر، د. زهير: مصدر سابق، وبدوي، د ثروت: النظام الدستوري العربي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1964م، ص31؛ وفرج، د. توفيق: الأصول العامة للقانون مصدر سابق، ص 45؛ وسلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص 32 ـ 33؛ وأبو الليل، د. إبراهيم والألفي، د. محمد: المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق مصدر سابق، ص 30 ـ 32؛ وعاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص177 وما بعدها.

(2) أنظر: سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص33؛ أبو الليل، د. إبراهيم وزميله: مصدر سابق، ص31.

(3) الصدة، د. عبد المنعم: أصول القانون مصدر سابق، ص54.

الدولة وكيفية إدارتها، سواء في الحكومة المركزية بواسطة عمالها، أم في الأقاليم أم بواسطة الهيئات المحلية كمجالس المحافظات والمجالس البلدية[1].

والقانون الإداري يبيّن أنواع الخدمات التي تقوم بها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقدّم الخدمات الضرورية للجمهور.

كما يحدّد القانون الإداري الأشخاص والهيئات التي تباشر الأعمال الإدارية والمرافق العامة، كرئيس الدولة والوزراء والمديريات والمصالح والمجالس المحليّة، ويبيّن طريقة تكوين هذه الهيئات واختصاصاتها وتنظيم العلاقات بينها[2].

كذلك ينظم هذا القانون العلاقة بموظفيها، من خلال وضع نظام للموظفين يبيّن شروط الوظيفة والتعيين والترقية والتأديب والعزل والاستقالة، وغير ذلك مما يتعلّق بحقوق الموظفين وواجباتهم، وأيضاً يبيّن الأعمال الإدارية وشروط صحتها، وطرق الرقابة عليها[3].

جـ ـ القانون المالي

القانون المالي هو القواعد التي تنظّم «نشاط الدولة عندما تستخدم الوسائل المالية، من نفقات ورسوم وضرائب وقروض ووسائل نقديّة لتحقيق أهدافها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها»[4].

---

(1) سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، مصدر سابق، ص33.

(2) فرج، د. توفيق: مصدر سابق، ص49.

(3) عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص 182 ـ 183.

(4) عواضة، د. حسن: المالية العامة، ط5، بيروت، دار النهضة العربية، 1981م، ص10، نقلاً عن: عاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص184.

ويحدّد القانون المالي موارد الدولة المالية كالضرائب، والرسوم، والقروض، والموارد الخاصة كالأملاك والمشاريع التي تملكها، وكيفية تحصيل الإيرادات.

كما يحدّد هذا القانون أوجه إنفاق الإيرادات على مختلف مرافق الدولة كالأمن والدفاع والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية وغيرها، وطريقة الإنفاق، والرقابة عليها[1].

هـ ـ القانون الجنائي

القانون الجنائي أو القانون الجزائي بمعناه الواسع يشمل فرعين:

أولاً: قانون العقوبات: وهو يضمّ القواعد التي تحدّد الجرائم والعقاب عليها[2]، وتبيّن الأفعال الممنوعة، والمعاقب عليها، والأشخاص الذين يُسألون عنها، والعقوبات والتدابير التي تنزل بهم[3].

وقانون العقوبات ينقسم إلى قسمين رئيسين: عام وخاص. القسم العام يشمل القواعد العامة التي تسري على جميع الجرائم، مثل قواعد المسؤولية الجنائية، والظروف المخفّفة والمشدّدة، وتقسيم الجرائم إلى مخالفات وجنح وجنايات، وتحديد العقوبات المقرّرة من الحبس أو السجن، أو الأشغال الشاقّة المؤقّتة أو المؤبّدة أو الإعدام[4].

---

(1) راجع: الصدة، د. عبد المنعم فرج: مصدر سابق، ص18، وما بعدها.
(2) سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص34.
(3) العوجي، د. مصطفى: القانون الجنائي، ج1، ط3، بيروت، دار الخلود، 1999م، ص23.
(4) أبو الليل، د. إبراهيم وزميله: مصدر سابق، ص35.

أما القسم الخاص، فيشمل القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة، ويبحث في أركانها وعقوبتها. والجرائم التي يتناولها هذا القسم على أنواع: كالجرائم الواقعة على أمن الدولة (كالتجسّس، وتزييف النقود و...)، والجرائم الواقعة على الإدارة العامة، والجرائم المخلّة بالثقة العامة، والجرائم المخلّة بالأخلاق والآداب العامة، والجنايات والجنح الواقعة على الأشخاص وغير ذلك[1].

ثانياً: قانون أصول المحاكمات الجزائية: وهو يتضمّن مجموعة القواعد الشكلية التي تبيّن إجراءات الدعوى الناشئة من الجريمة منذ وقوعها وملاحقتها[2]، ومحاكمة الجاني وما يستلزمه من تحديد المحكمة المختصة ، وصدور الحكم وطرق الطعن فيه، وكيفيّة تنفيذه[3].

المطلب الثاني: فروع القانون الخاص

القانون الخاص، كما بيّنا في ما سبق، هو القواعد التي تنظّم العلاقات القانونية بين الأشخاص بعضهم بالبعض الأخر، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً.

وهذا القانون يشمل عدة فروع هي: القانون المدني وهو أساس القانون الخاص، والقانون التجاري، وقانون العمل، والقانون الجوّي،

---

(1) راجع: سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص34 ـ 35. وعالية، د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص 188 ـ 189.

(2) النقيب، د. عاطف: أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، مكتبة عويدات، ص13، ورد في عالية، د. سمير، ص191.

(3) سلطان، د. أنور، ص35.

والقانون البحري، وقانون أصول المحاكمات المدنية، والقانون الدولي الخاص، وسنستعرض كلاً من هذه الفروع استعراضاً سريعاً بما يلي:

أ ـ القانون المدني:

يتضمّن القانون المدني القواعد التي تنظّم علاقات الأفراد في ما بينهم، إلّا ما يتناوله بالتنظيم منها فرع آخر من فروع القانون الخاص[1].

ويتناول بالتنظيم فئتين من القواعد:

الأولى: القواعد التي تنظّم علاقات الفرد بأسرته، ويطلق عليها «قواعد الأحوال الشخصية». من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما من التزامات كالطاعة والمهر والنفقة ومسائل الميراث والوصيّة والوقف، والنسب وما يترتّب عليه من حقوق للآباء والأبناء وما إلى ذلك.

الثانية: القواعد التي تتناول بالتنظيم العلاقات المالية بين الأشخاص ويطلق عليها «المعاملات»، من حقوق عينيّة أصلية وتبعيّة، وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها، والقواعد الخاصة بالالتزامات أو الموجبات[2]، وما إلى ذلك.

ب ـ القانون التجاري

يتكوّن القانون التجاري من جملة الأحكام والقواعد التي تحكم بين

---

(1) القاسم، د. هشام: المدخل إلى علم القانون، ص93.

(2) أنظر: السنهوري، د. عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص115، وما بعدها، والقاسم، د. هشام: مصدر سابق، ص92، وما بعدها. والعوجي، د. مصطفى: القانون المدني، ج1، وعالية، د. سمير: مصدر سابق، ص193، وما بعدها.

التجار، أو الناشئة من الأعمال التجارية بوجه عام[1]، فهو ينظّم حياة التاجر التجارية كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، سواء كان هذا التاجر فرداً أم شركة. كما يضع أحكاماً للأوراق التجارية كالكمبيالات والشيكات والسندات تحت الإذن. وكذلك يُعنى بتنظيم قواعد الإفلاس[2]، فيعيّن شروط الحكم بالإفلاس وشَهْرَه والإجراءات التي تُتّبع في هذا الشأن، كما يبيّن حقوق دائني المفلس، وإمكان إجراء الصلح بين الدائنين والتاجر المشرف على الإفلاس[3].

وقد كان القانون التجاري جزءاً من القانون المدني، ثم انفصل عنه لأن طبيعة الأعمال التجارية تختلف عن طبيعة الأعمال المدنية. وللنشاط التجاري خصائصه الذاتية التي تبرّر استقلاله بقانون خاص، وأهمها: عامل السرعة في انعقاد الأعمال التجارية، وعامل الائتمان المناسب مع التعامل التجاري، وحريّة إثبات الالتزام التجاري، ومعدّل الفائدة التجاري الذي يفوق مثله في الأعمال المدنية[4]، وما إلى ذلك.

جـ ـ القانون الجوّي

هو مجموعة القواعد والمبادئ والأحكام التي تنظّم الملاحة الجويّة وما ينشأ عنها من علاقات قانونية، فهو ينظّم المسائل المتعلّقة بمُلكيَّة

---

(1) أبو الليل، د. إبراهيم وزميله: المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، مصدر سابق، ص38.

(2) سلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، مصدر سابق، ص37.

(3) عالية، د. سمير، ص196.

(4) انظر: عالية، د. سمير: الوجيز في القانون التجاري، بيروت، مجد، 1987م، ص51، وما بعدها.

الطائرة وعقود بيعها وتجهيزها واستغلالها ورهنها والتأمين عليها[1]، وبيان مدى حق الطائرات في التحليق في الفضاء الجوّي للدول المختلفة، ورسم حدود حرية الملاحة الجوية إزاء سيادة الدولة على فضائها الجوّي، وبيان النُظُم الجمركية والوقاية الصحية والضبط الإداري للملاحة الجوّية[2]، وتحديد المركز القانوني لرجال طاقم الطائرة من حيث الحقوق والالتزامات، كانعقاد وآثار عقد النقل الجوي للأشخاص أو البضائع، ومسؤولية الناقل الجوي، كعوارض الرحلة الجوية مثل الاصطدام بين الطائرات، وواجب المساعدة الجوية في حالة الخطر، ومسؤولية الناقل الجوّي عمّا يلحقه من أضرار بالغير على سطح الأرض[3].

وهذا القانون حديث النشأة، وترجع معظم قواعده إلى المعاهدات الدولية في شأن الملاحة الجوية مثل: اتفاقية وارسو (1929م)، وبرتوكول لاهاي(1955م)، ، واتفاقية جوادا لاخارا بالمكسيك (1961م)، واتفاقية مونتريال بأستراليا (1966م)، وبروتوكول جواتيمالا (1971م)، وبرتوكول مونتريال (1975م)، مضافاً إلى ذلك أنّ الشروط العامة التي يضعها الاتحاد الدولي للنقل الجوي(أياتا AIATA) تلعب دوراً هاماً في نطاق الملاحة التجارية الجوي[4].

---

(1) أبو الليل، د. إبراهيم: مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، القاهرة، 1980م، وشحادة، إبراهيم فهمي: القانون الجوي الدولي وقانون القضاء، القاهرة 1966، ورد في: أبو الليل، د. إبراهيم، ص41.

(2) محيو، د. حسن: محاضرات في قانون الطيران، بيروت، 1983، ص 8 ـ 9. ورد في: عاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص203.

(3) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(4) أنظر: الألفي، د. محمد، وأبو الليل، د. إبراهيم: مصدر سابق، ص41، وما بعدها.

د ـ القانون البحري

القانون البحري[1] يتضمّن مجموعة القواعد القانونية التي تنظّم الملاحة وما ينشأ عنها من علاقات قانونية. فهو ينظّم الوضع القانوني للسفينة، كالمسائل المتعلّقة بمُلكيّتها وعقود بيعها وتجهيزها واستغلالها ورهنها والتأمين عليها، كما ينظّم كيفية وشروط نقل الأشخاص والبضائع ومسؤولية النقل البحري، ويبيّن الحوادث البحرية كالتصادم، والمساعدة البحرية التي تقدمها سفينة لأخرى في حالة الخطر، والخسائر البحرية المشتركة المتمثّلة بالأضرار التي تلحق بالسفينة أو البضائع وما إلى ذلك.

وقد تمّ إبرام عدة اتفاقيات دولية بخصوص الملاحة والتجارة البحرية، أبرزها اتفاقيات بروكسل (1910م) المتعلّقة بالمساعدة والإنقاذ والمصادمات البحرية ، اتفاقيات بروكسل (1924م، 1968م) الخاصة لسندات الشحن، واتفاقية هامبورغ (1987م)، الخاصة بنقل البضائع وغيرها.

هـ ـ قانون العمل

قانون العمل[2] هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظّم العلاقات

---

(1) أنظر: الشرقاوي، د. محمود: القانون البحري، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968؛ وفرج: د. توفيق: الأصول العامة للقانون، ص62، وما بعدها؛ وعاليه: د. سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ص200 ما بعدها؛ والألفي، د. محمد ورفيقه: مرجع سابق، ص42 وما بعدها؛ وسلطان، د. أنور: المدخل لعلم القانون، ص38 وما بعدها.

(2) أنظر بهذا الخصوص: الصدة: د. عبد المنعم فرج: أصول القانون، ص64 وما بعدها؛ وعاليه، د. سمير: مصدر سابق، ص206؛ وأبو الليل، د. إبراهيم وزميله: المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، ص44،

بين العمال وأرباب العمل، ويشمل الموضوعات التالية: عقود العمل الفردية والجماعية، تنظيم العمل، تحديد ساعات العمل، تحديد الأجر، الإجازات السنوية، والمرضيّة، ونقابات العمال وما إلى ذلك.

وقد كانت هذه العلاقات تخضع في السابق للقواعد العامة في القانون المدني، حتى جاءت الثورة الصناعية في أوروبا فزادت في قوة أصحاب الأعمال وسيطرتهم على وسائل الإنتاج. وترتّب على ذلك ردّ فعل من جانب العمال اتّسم بالعنف في بعض الأحيان، ما دفع المشرّع إلى التدخل لتنظيم هذه العلاقات على أُسُس جديدة تضمن حقوق العمال وتؤمّن مطالبهم.

و ـ قانون أصول المحاكمات المدنية

قانون أصول المحاكمات المدنية أو قانون المرافعات هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظّم القضاء المختص بمنازعات العلاقات الخاصة[1]، فيبيّن كيفيّة تشكيل المحاكم واختصاصها، وكيفّية رفع الدعوى والسير فيها، وإجراءات الإثبات (من كتابة وبيّنة، ومعاينة محل النزاع، والاستعانة بالخبراء)، وصدور الحكم وكيفيّة الطعن فيه، وكيفيّة التنفيذ وما إلى ذلك[2].

وقد وقع الخلاف بين القانونييّن في اعتبار قانون المرافعات فرعاً من القانون الخاص، أم فرعاً من القانون العام[3]؛ فكونه يحمي الحقوق

---

(1) الألفي، د. محمد وزميله: مصدر سابق، ص45.

(2) سلطان، د. أنور: مصدر سابق، ص40.

(3) أنظر: عيد، د. إدوارد: موسوعة أصول المحاكمات، ج1، ص39، وما بعدها؛ وعالية، د. سمير: مصدر سابق، ص210.

الفردية عُدّ من القانون الخاص، وكونه ينظّم السلطة القضائية، وهي إحدى السلطات العامّة، عدّ من القانون العام؛ فيما اعتبره آخرون قانوناً مختلطاً قد اجتمع فيه الجانبان العام والخاص معاً[1].

ز ـ القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص[2]، هو مجموعة القواعد التي تنظّم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وذلك بتحديد القانون الواجب تطبيقه عليها، وتعيين المحكمة المختصّة للنظر فيها.

كما يتناول هذا القانون قواعد ترتبط بمسائل الجنسية والمواطن، ومركز الأجانب وما إلى ذلك، وقد وقع الخلاف هنا أيضاً حول ما إذا كان يعتبر قانوناً عاماً أو خاصاً أو مختلطاً.

المبحث الثاني
القانون العام والقانون الخاص في الشرع الإسلامي

تمهيد

هل يفرّق الشرع الإسلامي في خطابه القانوني بين القانون العام والقانون الخاص أم لا؟

يرى بعض الكتّاب القانونيين أن «الشرع الإسلامي لم يفرّق في

(1) المصدر نفسه.

(2) أنظر: منصور، د. سامي: المختصر في القانون الدولي، بيروت، كلية الحقوق، 1991م؛ ورياض، د. فؤاد: مبادئ القانون الدولي الخاص، بيروت، دار النهضة العربية، 1969م؛ والألفي، د. محمد وزميله: مصدر سابق، ص49، وما بعدها.

الخطاب القانوني بين الفرد والدولة وسلطاتها العامة، وذلك لأن الخطاب الشرعي في الإسلام صادر عن ربّ العالمين، وهو موجّه مباشرة إلى بني البشر من أفراد وجماعات بلا تمييز ولا تفريق. والقول بتفوّق الدولة وسلطاتها العامة بالوسائل السلطوية على الأفراد يتنافى مع نظرة الإسلام إلى المساواة حيث يتساوى الحاكم بالمحكوم في الشخصية القانونية»[1]. واستنصر هذا البعض بنفي التفرقة بالقانون الكنسي، والقوانين الأنكلوساكسونية[2].

ولكن الحقيقة أن الشرع الإسلامي يفرّق بين القانون العام والقانون الخاص، إلا أن الأول في الفقه الإسلامي أقل تطوّراً من الثاني، ويعود السبب في ذلك كما علّلَ البعض، إلى أن «وقوف القانون العام عن التطور يرجع إلى قيام حكومات مستبدّة متعاقبة في الإسلام، كانت مهمتها إخماد أي حركة فقهيّة تقيم أصول الحكم على أُسُس من الحرية السياسية والحقوق العامة الديمقراطية. أما القانون الخاص في الفقه الإسلامي، فقد تقدم تقدماً كبيراً، لأن الحكومة المستبدّة لم يكن يضيرها تقدّمه»[3].

أساس التفرقة بين المجالين:

إذا كان هناك تفريق بين القانون العام والقانون الخاص في الفقه الإسلامي فما هو أساس هذا التفريق؟

(1) عاليه، د. سمير: علم القانون، ص215.
(2) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(3) السنهوري، د. عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص46.

بدايةً، لا بد من القول إنّ الحقوق في الفقه الإسلامي تنقسم ـ كما سبق ـ إلى قسمين أساسيين هما: حق الله وحق العبد: وحق الله هو الحقوق التي تعود إلى الله، مثل العبادات المحضة، والعقوبات المحضة كالحدود، والحقوق المالية كالزكاة، والخمس والخراج، وما إلى ذلك. وهذه الحقوق تصنّف ضمن القانون العام.

وحق العبد هو الحقوق التي تعود إلى الناس مثل الديّة والضمان وما إلى ذلك، وهي تدخل ضمن القانون الخاص. وهناك نوع ثالث من الحق مشترك بين الله والعبد. فإن كان حق الله هو الغالب كحد القذف فيدخل ضمن القانون العام، وإن كان حق العبد هو الغالب كالقصاص فيدخل ضمن القانون الخاص[1].

يضاف إلى ذلك أنّ ما يصنّف ضمن صلاحيات الحاكم الإسلامي يدخل في القانون العام. وعبّر بعض الفقهاء في تقسيمه الفقهي عن هذه الدائرة بالسلوك العام، وأورد في تعريفه قائلاً: «ونريد به سلوك وليّ الأمر في مجالات الحكم والقضاء والحرب، ومختلف العلاقات الدولية، ويدخل في ذلك أحكام الولاية العامة والقضاء والشهادات والحدود والجهاد، وغير ذلك»[2].

وكما يتّضح من هذا البيان، فإن ما يصنّف ضمن حقوق الله يرجع حق ممارسته إلى الحاكم الإسلامي الشرعي كونه الوليّ والمأذون بالممارسة والتصدّي في هذا المجال.

---

(1) السنهوري، د. عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 46 ـ 47.

(2) الصدر، السيد محمد باقر: الفتاوى الواضحة، ص 46 ـ 47.

المطلب الأول: القانون العام الإسلامي وفروعه

يشمل القانون العام الإسلامي القواعد القانونية التي تنظّم علاقة الحكم الإسلامي بغيره من الحكومات والدول، وتسمّى بالقانون الدولي العام الإسلامي؛ والقواعد القانونية التي تنظّم العلاقات المتّصلة بحق الحاكم الإسلامي في المجتمع تسمّى بالقانون الداخلي العام الإسلامي وله فروعه كالقانون الدستوري الإسلامي، والقانون الإداري الإسلامي، والقانون المالي الإسلامي، والقانون الجنائي الإسلامي بقسميه الموضوعي والشكلي. وفي ما يلي عرض موجز لهذه الأقسام والفروع:

1 ـ القانون الدولي العام من منظور إسلامي

الفقه الدولي العام أو القانون الدولي العام الإسلامي يشمل القواعد القانونية التي تنظّم علاقة الحكم الإسلامي بغيره من الدول والحكومات أفراداً وحكاماً.

وقد ورد في الشرع الإسلامي مبادئ ومفاهيم وقواعد تصلح أن تكون أساساً في تنظيم العلاقات بين الحكم الإسلامي وباقي الدول في حالة الحرب والسلم والحياد.

ومما يدلُّ على تبوّؤ الإسلام لمركز الريادة في تنظيم العلاقات الدولية أن الحركة الفقهية في هذا النطاق ظهرت أوّل ما ظهرت لدى الفقهاء المسلمين، فأقدم كتاب فقهي في هذا الموضوع وصل إلينا هو كتاب «المجموع الفقهي» للإمام زيد بن علي المُتوفّى سنة 122 هـ.ق. وهو يضمّ فصولاً في السِيَر وفيه فقه وحديث[1]. كما تضمّن الكتب

---

(1) زيدان، د. عبد الكريم: الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1982، ص 36 ـ 37، ورد في عالية: د. سمير: مصدر سابق، ص 219.

الروائية وكتب السِيَر كـ«بحَار الأنوار»، للمحدِّث الإمامي الشيخ محمد باقر المجلسي، و«وسائل الشيعة ومستدركها» للمحدثين الحر العاملي والنوري، وموطأ الإمام مالك مبادئ وقواعد عامة وبعض التفاصيل المرتبطة بالفقه الدولي العام من خلال عمل الرسول(ص) وأهل بيته وأصحابه. ومن الكتب القديمة سِيَر الإمام الأوزاعي المُتوفَّى سنة 156هـ، وكتابا «السير الكبير» و «السيرالصغير» للإمام الحنفي محمد بن الحسن الشيباني المُتوفّى سنة 189هـ.

في حين أن الحركة العلمية في مجال القانون الدولي العام عند الآخرين، «لم تبدأ إلّا في القرن السادس عشر [الميلادي]، وذلك عند «فيتوريا» و «سوتو» و«سواريز» و«آيالا» و«غنتيلي»، والمرجع الأجنبي الذي يمكن أن يقارن بكتابي الإمام الشيباني من حيث الشمول ودقة البحث ومنطق العرض هو كتاب العالم الهولندي «غروتيوس Grotius» وعنوانه «في قانون الحرب والسلم»، وقد ظهر في القرن السابع عشر»[1]، أي بعد ثمانية قرون من ظهور كتابي الشيباني.

أولاً: مصادر القانون الدولي من منظور إسلامي:

بديهيٌّ القول إنّ المصادر الأساسية في التشريع الإسلامي هي الكتاب والسنّة والإجماع والعقل. ولكن من الممكن جداً أن نضيف مصدراً خامساً في مجال القانون الدولي وهي المواثيق والمعاهدات التي يبرمها الحكم الإسلامي مع الحكومات والجهات الأخرى. فانطلاقاً من سيرة الرسول(ص) ومبدأ الوفاء بالعهد، نستطيع أن نعتبر أن المعاهدات

(1) سلطان، د. حامد: أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، ص 6 ـ 7، ورد في عالية: د.سمير: مصدر سابق، ص220.

المُبرَمة ضمن قواعد المصلحة العامة هي من المصادر الأساسية في القانون الدولي من منظور إسلامي. حيث إنها تشكّل أساساً مُلزِماً للحكم الإسلامي في مجال العلاقات الدولية. كما يمكن الاستناد إلى الآيات القرآنية الدّالة على اعتبار المواثيق والمعاهدات مثل قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾[2] وغيرها[3]. وسوف نشير إلى بعض قواعد السلم والحرب والحياد في الفقه الإسلامي:

ثانياً: قواعد الشرع الإسلامي في حالة السلم

من المسلّم به أن القاعدة الكبرى التي يدعو إليها الإسلام هي «السلم» لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱدْخُلُواْ فِى ٱلسِّلْمِ كَآفَّةً﴾[4] وقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ إِنَّهُۥ﴾[5] والحرب حالة طارئة لا يقرّها الإسلام إلا في حالات خاصة وضمن شروط قاسية، وما ورد في الفقه الإسلامي من تقسيم الدنيا إلى دار السلام ودار الحرب، ليس تقسيماً شرعياً أبدياً بل تقسيم طارئ تبرّره الظروف والحالات من دون المبادئ والمباني.

والدولة التي يدعو الإسلام إليها هي «الدولة الفكرية»، ولما كانت الدولة هي المظهر الأعلى للوحدة السياسة التي توجد بين جماعة من

(1) سورة النحل: الآية 91.
(2) سورة الإسراء: الآية 34.
(3) سورة الأنفال: الآية 72، وسورة التوبة: الآية 4.
(4) سورة البقرة : الآية 208.
(5) سورة الأنفال: الآية 61.

الناس فلا بد من أن تكون وحدتها انعكاساً لوحدة عامة قائمة بين الجماعة.

والوحدة الفكرية هي عبارة عن إيمان جماعة من الناس بفكرة واحدة تجاه الحياة يقيمون على أساسها وحدتهم السياسية، . . . وكانت الوحدة الفكرية هي الوحدة الصالحة لتعليل الوحدة السياسية المتمثّلة في الدولة تعليلاً علمياً[1].

فالإسلام لا يعترف من حيث المبدأ بـ«الدولة الإقليمية» التي تقوم الوحدة السياسية فيها على «الإقليم»، كما لا يقر «الدولة القومية» التي تستمد وحدتها السياسية من القوميّة الموحدة.

والإقليم في المفهوم الإسلامي للدولة مرتبط بالإقليم الذي يخضع لولاية المسلمين ويطبّق عليه الحكم الإسلامي، فدار الإسلام تتحدّد بالنطاق الذي تسود فيه الشريعة الإسلامية، وليس بالدار التي يكون فيها المسلمون أغلبية السكان من دون أن يكون حكم الإسلام سائداً فيها[2]. وإن صح إطلاق الوطن الإسلامي عليه باعتبار أن هذا الوطن هو ما يسكنه المسلمون من أقطار العالم.

والشعب الإسلامي من وجهة النظر الإسلامية يعدّ ـ بعكس ما هو عليه فعلاً في الوقت الحاضر ـ شعباً واحداً مهما كانت مواقع أوطانه

---

(1) الصدر، السيد محمد باقر: أصول الدستور الإسلامي، الأساس رقم (5). ورد في: الملاط، د. شبلي: تجديد الفقه الإسلامي، دار النهار، بيروت، 1998، ص 32 ـ 48.

(2) أنظر: المبارك، محمد: نظام الإسلام، الحكم والدولة، طهران، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، 1417هـ ـ 1997م. ص 169 وما بعدها؛ وسلطان، د. حامد: مصدر سابق، ص 230 وما بعدها.

وجنسية بلدانه واللغات التي يتكلّم بها، لأن المؤمنين أمة واحدة عملاً بقوله تعالى في سورة الأنبياء: ﴿إِنَّ هَٰذِهِۦٓ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَٰحِدَةً﴾[1]. وقد تشكّلت الدولة الإسلامية على هذا الأساس[2].

أما الأجانب في دولة الإسلام، فليس لهم مفهوم مدوّن في الشرع الإسلامي، وقيل هم غير المسلمين ممن يقيمون فيها إقامة دائمة أو مؤقّتة على أساس عقد الذمة أو عقد الأمان، ولكن هل ينطبق هذا التعريف في عصرنا أم لا ؟ الإجابة بحاجة إلى بحث تفصيلي نحيله إلى موقعه .

على أيّ حال، فإن علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول غير الإسلامية يجب أن تكون في الأصل علاقة سِلميَّة، ولا يتغيّر هذا الأصل إلّا إذا حدث ما يوجب «الجهاد» على الدولة الإسلامية كالاعتداء على أرضها، أو الاعتداء على المسلمين أو على الدعوة الإسلامية من قبل دولة غير إسلامية؛ فإذا حدث ذلك كانت الدولة غير الإسلامية في هذه الحالة دار حرب بالنسبة إلى الدول الإسلامية جميعاً، ووجب عليها أن تتشاور وأن تتكاتف في صد هذا العدوان على أرض المسلمين أو على أشخاصهم أو على الدعوة الإسلامية بكافة السبل[3]، وهناك آراء أخرى في الموضوع .

وقد جسّد الإسلام هذه القاعدة الكبرى، والأصل الأساس ضمن الأمور التالية:

---

(1) سورة الأنبياء: الآية 92.

(2) سلطان، د. حامد: ص155، وما بعدها.

(3) محمود، د. جمال الدين: الدولة الإسلامية المعاصرة، الفكرة والتطبيق، ط1، القاهرة، بيروت، دار الكتاب المصري ـ دار الكتاب اللبناني، 1992، ص 387 ـ 388.

أ ـ احترام المعاهدات الدوليّة

وأرسى الإسلام أساس الالتزام بالمعاهدات من خلال «مبدأ الوفاء بالعهود» تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾(1). وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾(2) وقد ورد الذمّ لمن ينقض العهد في قوله تعالى: ﴿إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِندَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ الَّذِينَ عَاهَدتَّ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ﴾(3).

كما اتفق فقهاء الإسلام على وجوب الوفاء بالعهود كمبدأ من شأنه أن يشكّل أساساً لجميع العلاقات الإنسانية(4).

والنبي(ص) نفسه أول من طبّق هذا المبدأ، فقد رُوي عنه أمثلة على ذلك، منها معاهدته مع يهود المدينة في أوائل هجرته إليها، وجاء في هذه المعاهدة:

«هذا كتاب من محمد النبي بين المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم أنّهم أمة واحدة من دون الناس. . . وأن المؤمنين بعضهم موالي بعض دون الناس، وان من تبعنا من يهود فإن له النصر والأسوة [المساواة في المعاملة] غير مظلومين ولا متناصرين عليهم، وإنَّ سلم المؤمنين واحدة، لا يسالم مؤمن دون مؤمن

---

(1) سورة الإسراء: الآية 34.

(2) سورة النحل: الآية 91.

(3) سورة الأنفال: الآيات 56 ـ 57.

(4) أنظر: أبو زهرة، محمد: الوحدة الإسلامية، بيروت، دار الرائد العربي، ص 319، وما بعدها.

في قتال في سبيل الله إلا على سواء وعدل بينهم... وأنكم مهما اختلفتم في شيء، فإن مردّه إلى الله وإلى محمد، وأن اليهود يتفقون مع المؤمنين ما داموا محاربين، وأن يهود بني عوف أمة مع المؤمنين، لليهود دينهم وللمسلين دينهم،... وإن يثرب حرام جوفها لأهل هذه الصحيفة... وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو شجار يخاف فساده فإنّ مردّه إلى الله وإلى محمد رسول الله، وإن الله على اتقى ما في هذه الصحيفة وأبرَّه...»[1].

وقد ورد في هذه الوثيقة التأكيد على عدّة أمور هي:

- إنشاء أمة واحدة من المسلمين القادمين من مكة وأهل يثرب ومن تبعهم.
- التركيز على مبدأ المساواة بين جميع الأفراد، الضعيف والقوي والفقير والغني.
- الالتزام بعدم التعاون والتعاطي مع من يخالف بنود الوثيقة.
- التأكيد على مرجعيّة الله تعالى والنبي محمد(ص) في موارد الاختلاف بين الأطراف الملتزمين بهذه الوثيقة.
- تأمين الحريّة لليهود في ممارسة معتقداتهم وتقاليدهم وطقوسهم الدينية، وعدم المساس بحريتهم ما عدا الظالمين والمخالفين للعهود المُبرَمة.
- التعهّد بين المسلمين واليهود في الدفاع المشترك عن المدينة.

---

(1) نقلتها كتب السيرة والتاريخ بالاتفاق، أنظر: الحسيني، السيد هاشم معروف: سيرة المصطفى، ط3، دار القلم، بيروت، 1981م، ص277 ـ 280.

- التأكيد على حرمة النفس والحياة، وحرمة المال، وتحريم الجريمة، وغير ذلك من أمور.

ومن معاهدات النبي(ص) المهمّة «عهد الحديبية» الذي عُقد بينه وبين قبيلة قريش في مكة وذلك في السنة السادسة للهجرة. وهو معاهدة صلح وتحالف على عدم الاعتداء بين مسلمي المدينة ومُشركي مكة، وكانت مدته عشر سنوات[1]، إلّا أن مشركي مكة نقضوه بعد مرور سنتين فقط، وجاء فيه:

«باسمك اللّهم هذا ما اصطلح عليه محمد بن عبد الله والملأ من قريش وسهيل بن عمرو واصطلحوا على وضع الحرب بينهم عشر سنين على أن يكف بعض عن بعض، وعلى أن لا أسلال ولا أغلال، وأنّ بيننا وبينهم عيبة مكفوفة، وأنه من أحبّ أن يدخل في عهد محمّد وعقده فعل، وأن من أحبّ أن يدخل في عهد قريش وعقدها فعل، وأنّه من أتى من قريش إلى أصحاب محمّد بغير إذن وليّه يردّ إليه، وأنه من أتى قريشاً من أصحاب محمّد لم يردّه إليه، وأن يكون الإسلام ظاهراً بمكة لا يُكره أحد على دينه ولا يُؤذى ولا يُعيَّر، وأن محمداً يرجع عنهم عامة هذا وأصحابه ثم يدخل علينا (كذا) في العام القابل مكة، فيقيم فيها ثلاثة أيام ولا يدخل عليها بسلاح إلا سلاح المسافر، السيوف في القراب، وكتب علي بن أبي طالب وشهد على الكتاب المهاجرون والأنصار»[2].

---

(1) وقد اختلف في هذه المدة، فقيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثاً، وقيل عشر سنين. وبذلك قال الشافعي. أنظر: ابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص388.

(2) ابن الأثير: الكامل في التاريخ، ج3، ص 224؛ وابن هشام: السيرة النبوية.

وكما هو واضح، فإن هذه الوثيقة تتضمّن اعترافاً رسمياً من جانب قريش بدين الإسلام وبدولة النبي محمد(ص) في المدينة، كما أنها توافق على عدم الاعتداء بين مسلمي المدينة ومُشرِكي مكة.

وبقي المسلمون ملتزمين بمفاد هذه الوثيقة إلى أن تمّ نقضها ـ كما ذكرنا ـ بعد مضي سنتين من تاريخ إبرامها من قبل مشركي مكة وأصبحت المعاهدة مُلغاة.

ب ـ إلغاء نظام الاسترقاق

من المعروف أنّ نظام الاسترقاق، وتقسيم الناس إلى العبيد والأحرار، كان سارياً قبل الإسلام، سواء في اليونان[1]، أم في روما[2]، أو الصين[3]، أو بلاد فارس[4]، أو شبه الجزيرة العربية[5]. وواجه

---

(1) حيث نرى أن فلاسفة اليونان الكبار، كأفلاطون وأرسطو وغيرهما ينظّرون لهذه التفرقة بين أفراد البشر، ويرى مونتسكيو في «روح الشرائع» أن أفلاطون قرّر في جمهوريته أن العبد ليس له الحق في الدفاع عن حقوقه الطبيعية. أنظر: راستين، منصور: بردگى در حقوق بين الملل (بالفارسيه)، ص13.

(2) وفي روما كاليونان كان يحكم نظام التفرقة البغيضة بين العبيد والأحرار، إلّا أن القوانين السائدة منحت حقوقاً للعبيد ووضعت موجبات للحرية. أنظر: مونتسكيو: روح الشرائع(الترجمة الفارسية)، ص 422، وما بعدها.

(3) ينقل مونتسكيو في كتابه «روح الشرائع»، نقلاً عن الرحالة «دامبير»: أن نظام الاسترقاق كان يسود في الصين القديمة، إلا أن الحكام والملوك كانوا يتدخّلون للحد من الإجحاف في حق العبيد، أنظر: فرامزري، أحمد: بردگى در جهان (نظام الرقّ في العالم)، «بالفارسية».

(4) ينقل «هيرودوت» في تاريخه عن نظام الرق في إيران القديمة، أن مالك العبد كان له الحق في مجازاته فيما إذا تجاوز أكثر من مرة عن الحدود المرسومة له إلى درجة إعدامه. أنظر: برنيا، حسن: تاريخ إيران باستان (تاريخ إيران القديمة)، ج2، ص579. ورد في: إسلام وحقوق بين الملل عمومى (الإسلام والحقوق الدولية العامة)، ج3، ص114.

(5) وقد تحدث القرآن الكريم عن ذلك في موارد عدة، أنظر بهذا الخصوص: الطاهر، د. علي جواد: تاريخ العصر الجاهلي.

الإسلام منذ البداية نظام الاسترقاق وسعى للحد منه، ووضع خطة بعيدة المدى للتخلّص من هذه التفرقة من خلال إلغاء الأساس التي كان يعتمد عليه هذا النظام، مثل التمييز العنصري، والعبوديّة المتوارثة، والتفرقة في الحقوق والواجبات. ولم يبادر الإسلام مباشرة إلى إلغاء نظام الاسترقاق بنفي العبوديَّة في وقت واحد، وذلك بسبب الأضرار التي كانت تترتّب على ذلك لو تم الإلغاء على أمد قصير. كما أنّ الضرورات المرحلية كانت تتطلب وضع خطة بعيدة المدى تقضي على هذا النظام بشكل كامل.

وفي ما يرتبط بالأُسُس والعوامل التي كان يعتمد عليها نظام الاسترقاق، فقد حارب الإسلام «التميز العنصري» السائد في الجاهلية (في شبه الجزيرة العربية)، واليونان وروما و. . . فدعا إلى وحدة البشرية في الخلق، ووصف الاختلافات الإقليمية والقومية بالأمور الثانوية التي ينبغي أن تساهم في التقارب بين بني البشر. قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ﴾[1].

وورد عن رسول الله(ص) قوله: «يا أيها الناس إن ربكم واحد وإنّ أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى، إنّ أكرمكم عند الله أتقاكم»[2].

وبذلك أقرّ الإسلام الفضل بالتقوى دون العنصر والقومية والعشيرة

---

(1) سورة الحجرات: الآية 13.

(2) الريشهري، محمد: ميزان الحكمة، ج4، ص 3629، دار الحديث، قم، د.ت.

واللون وما إلى ذلك. كما أقر الإسلام في هذا المضمار «أصل الحرية» بمعنى نفي ولاية الآخرين على الإنسان، وبمعنى نفي العبودية بالنسبة إلى الإنسان. وورد في هذا الخصوص نصوص عن أئمة المسلمين، إذ يقول الإمام علي (ع): «لا تكن عبد غيرك وقد جعلك الله حراً»[1]. وقوله (ع): «أيها الناس إن آدم لم يلد عبداً ولا أمة وإن الناس كلّهم أحرار، شرار الناس الذين يشترون الناس ويبيعونهم»[2].

وأكّد الإسلام على مبدأ «التساوي في الحقوق والواجبات» بين الناس، وعدم التفرقة على أساس اللون والجنس وما إلى ذلك. فورد عن الإمام علي (ع) أنه قال: «الذليل عندي عزيز حتى آخذ الحق له، والقوي عندي ضعيف حتى آخذ الحق منه»[3]. وورد عنه أيضاً مخاطباً أحد ولاته: «فليكن أمر الناس عندك في الحق سواء»[4].

فضلاً عن ذلك أكد الإسلام على تحرير العبيد من أسر العبودية من خلال آيات عديدة[5] وروايات متعدّدة[6]. كما أنَّ سيرة النبي(ص) والأئمة والصحابة لأكبر دليل على نفي العبودية والتخلّص منها عبر سبل شتّى.

---

(1) نهج البلاغة، تحقيق: صبحي الصالح، الكتاب رقم 31.

(2) الكليني، محمد بن يعقوب: الفروع من الكافي، ج2، ص 325.

(3) نهج البلاغة، الخطبة رقم 37.

(4) المصدر نفسه، الكتاب رقم 59.

(5) سورة التوبة: الآية 60؛ سورة النساء: الآية 92، سورة المائدة: الآية 89، سورة المجادلة: الآية 3.

(6) أنظر بحار الأنوار للمجلسي: ج74، ص 139؛ وشرائع الإسلام للمحقق الحلّي، ص667، والنهاية للطوسي: ص 541.

ج ـ الدعوة إلى تنمية العلاقات الدولية

كان إرسال السفراء والمبعوثين أمراً سائداً منذ القدم. وقد أقرّ الإسلام ذلك فاتّبع التقليد الذي يُعرَف الآن بالتمثيل الدبلوماسي، فأرسل النبي(ص) سفراء عدة إلى النجاشي ملك الحبشة، وكسرى ملك فارس، والمقوقس ملك مصر والإسكندرية، وهرقل إمبراطور الروم، وكان الهدف الأول والأساس من ذلك هو الدعوة إلى الإسلام، فجاءت أجوبة معظمهم لطيفة ومهذبة، فيها الاعتراف الضمني بالدولة الإسلامية، وذلك باستثناء كسرى فارس (ابن هرمز) الذي مزّق الرسالة[1]. وكانت هذه الرسائل تتوّج ـ في العموم ـ بعبارة «سلامٌ على من اتبع الهدى»[2].

وكان نظام السفراء في الإسلام راقياً وخلّاقاً في نواحٍ عديدة[3]، ففي المراسم والمؤهّلات الدبلوماسية، درج الاحتفال بالرسل والسفراء، حيث يحمل الرسول معه كتاباً يقدّمه إلى الوزير الذي يقابله وكان يُسمّى «الجواز»، وهو شبيه بأوراق الاعتماد المعروفة حالياً. ومن آداب الرسول أن يكون وقوراً ثابت العقل، متأنياً، صبوراً، مقبول الشمائل، حسن البيان، جيد العبارة، حافظاً لما تبلّغه ليؤديه على وجهه السليم، مراعياً

(1) أنظر: محمصاني، د. صبحي: القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، 1972، ص127 ـ 128. ورد في عالية، د. سمير: علم القانون، ص224.

(2) أنظر: حميد الله، محمد: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة. دار النفائس، بيروت، 1985م، ص99 وما بعدها، و135 وما بعدها.

(3) أنظر: أبي الفراء، الحسين بن محمد: كتاب الرسل والملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة. تحقيق: د. صلاح الدين المنجد.

في ذلك التقاليد والأعراف السائدة والمعبّر عنه في العصر الحاضر بـ«البروتوكول الدبلوماسي».

ويتمتّع الرسول في الشرع الإسلامي ببعض الحصانات والامتيازات، فالنبي(ص) منح بذاته الحصانة الدبلوماسية، لبعض الموفدين إليه، مثاله ما حصل عندما أتاه موفدان من مسيلمة الكذاب، يزعمان أن مرسلهما نبي، قال (ص) لهما: «لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما»[1]. ويستفاد من هذه العبارة الحصانة والأمان للرسول من أي جهة أتى.

كما شجّع الإسلام على تنمية العلاقات التجارية بين البلدان المختلفة خصوصاً المتجاورة منها، ولم يشترط في ذلك سوى الالتزام بقواعد الشرع لجهة تطبيق شروط التعاقد، ورعاية القواعد الخاصة بتحريم بعض المعاملات كالربا والسلع المحرّمة إسلامياً كالخمر والخنزير والمشروبات الكحولية، مضافاً إلى ذلك رعاية الضوابط العامة المرعية الإجراء في الحكم الإسلامي.

ثالثاً: قواعد الشرع الإسلامي في حالة الحرب

سبق أن أشرنا إلى أن «السلم» هو الأصل في العلاقات في الإسلام لاسيما في العلاقات الدولية. والحرب في الإسلام ضرورة لدفع الحرب أو رفعها، ومن هنا نجد أنّ الحروب الإسلامية كانت في مجملها حروباً دفاعية غير هجومية، ولذلك يؤكّد القرآن الكريم بقوله: ﴿ٱدۡخُلُواْ فِي ٱلسِّلۡمِ كَآفَّةً وَلَا تَتَّبِعُواْ خُطُوَٰتِ ٱلشَّيۡطَٰنِۚ إِنَّهُۥ لَكُمۡ عَدُوٌّ مُّبِينٌ﴾[2]، وأجيز

---

(1) السيوطي، عبد الرحمن: الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، ج3، القاهرة، 1352هـ، ص51. ورد في: عالية، د. سمير: علم القانون، ص336.

(2) سورة البقرة: الآية 208.

للمسلمين ولغير المسلمين في بعض الحالات خرق هذه القاعدة والأصل المرجعي، وذلك في حال تحقق العدوان كقوله تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَـٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟ ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِم بِغَيْرِ حَقٍّ﴾[1]، وكذلك قوله ـ تعالى ـ : ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَـٰتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾[2]

وشدّد الإسلام على آداب الحروب وأخلاقياتها؛ حيث نجد أن نبيَّ الإسلام (ص) لم يبدأ حرباً قط. وكانت هناك إجراءات تسبق الحرب دائماً، مثل:

إعلان فسخ المعاهدات: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾[3].

إمهال العدو وإنذاره قبل بدء الحرب: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾[4].

عدم المبادرة إلى القتال: «إن رسول الله بعث معاذاً في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم، فإن أبوا فلا تقاتلوهم حتى يبدأوكم»[5].

كما كانت هناك قواعدٌ وإجراءات يتمّ التقيّد بها حين الحرب مثل:

ـ الاحتراز عن القسوة والمعاملة الوحشية مع المحاربين؛ مثل التمثيل بجثث الأعداء، أو حرقها، حيث ورد عن النبي(ص)

---

(1) سورة الحج: الآيتان 39 و40.

(2) سورة البقرة: الآية 190.

(3) سورة الأنفال: الآية 58.

(4) سورة الإسراء: الآية 15.

(5) السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ص31.

قوله: «لا تغدروا ولا تمثّلوا»[1]. وقوله أيضاً: «إن وجدتم فلاناً فاقتلوه ولا تحرقوه، فإنّه لا يعذّب بالنار إلّا رب النار»[2].

- الامتناع عن التعرّض لغير المحاربين، من الصغار والنساء والشيوخ والعجزة والرهبان وأصحاب الحرف والصناعات والعمال وغيرهم من المدنيين[3].

- الاجتناب عن العقوبات الجماعية، وذلك انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[4]. كما أكد الإسلام على حسن معاملة الأسرى وجرحى العدو، ودعا إلى إطلاق سراح الأسرى إحساناً[5]. كما ورد النهي الشديد عن العبث والفساد بأموال الأعداء انطلاقاً من الآيات القرآنية الداعية إلى المنع عن الفساد، مثل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾[6] وقوله تعالى: ﴿وَأَحْسِن

---

(1) الريشهري، محمد: ميزان الحكمة، دار الحديث، قم، لا تاريخ، مجلد 1، ص566.

(2) المصدر نفسه، مجلد 3، ص 1855، نقلاً عن سنن أبي داوود: 2673.

(3) في سيرة الحرب وما يفعل قبل القتال وبعده أنظر: القاضي عبد العزيز ابن البرّاج الطرابلسي(400 ـ 481هـ): المهذّب، المطبوع ضمن: سلسلة الينابيع الفقهية، كتاب الجهاد، ط1، مؤسسة فقه الشيعة، بيروت، 1410هـ ـ 1990م، ج9، ص82 وما بعدها. وابن رشد الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص386.

(4) سورة الأنعام: الآية 164.

(5) أنظر: المحقّق الحلّي، جعفر بن الحسن: المختصر النافع في فقه الإمامية، دار الأضواء، بيروت، 1405هـ ـ 1985م، ص137، 138؛ والعلامة الحلي، الحسن بن يوسف: مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط1، 1413هـ. ج4، ص418 وما بعدها.

(6) سورة البقرة: الآية 205.

﴿كَمَآ أَحۡسَنَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَۖ وَلَا تَبۡغِ ٱلۡفَسَادَ فِي ٱلۡأَرۡضِۖ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُفۡسِدِينَ﴾[1].

رابعاً: قواعد الشرع الإسلامي في حالة الحياد

قد يعتقد البعض بعدم إمكانية تصوّر الحياد من منظور ديني، وفي المنظومة القِيَميّة الإسلامية، وذلك انطلاقاً من أنَّ الطرفين المتصارعين اللذين يقف المسلم أو الحكم الإسلامي موقف الحياد تجاههما، إما كلاهما على باطل أو أحدهما على حق وثانيهما على باطل، ولا يُتصوّر أن يكون كلا الطرفين على حق في حالة الصراع؛ وحيث إن المطلوب إسلامياً رفع الظلم أو دفعه في جميع الأحوال، فلا يمكن للمسلم أن يقف في جنب الظالم أو يتفرّج على المعتدي والمُعتدَى عليه.

غير أنَّ القضايا الميدانية ليست بهذه الإطلاقية، فهناك اعتبارات أخرى ذات ملاكات واقعية (من مصلحة أو مفسدة) تدخل على الخط، ويُحدِّد الموقف الشرعي انطلاقاً منها. فمثلاً وجود معاهدات ومواثيق بين حكم إسلامي وحكم غير إسلامي من حلف مناصرة أو هدنة أو موادعة موقوتة أو غيرها، يؤدِّي إلى تبرير الحياد وقد يحتّمه في ظروف معيّنة.

وقد استفاد البعض[2] من «حياد» موقف المسلمين تجاه منازعات دولية أو إقليمية أو محليّة في صدر الإسلام، مثل منازعات الروم والفرس في الشمال، والقبائل العربية في شبه الجزيرة العربية (نجد)،

---

(1) سورة القصص: الآية 77.

(2) أنظر: زيدان، د. عبد الكريم: الشريعة والقانون الدولي العام، ص 21 ـ 33.

والأوس والخزرج في المدينة. وسواء استفدنا من تلك المواقف الحياد أم لا، فإن المواقف لا يمكن أن تقيَّم خارج إطار الواقع الميداني وبمعزل عن إمكانية اتخاذ مواقف بديلة أو عدمها؛ إذ لو كانت الظروف الميدانية فرضت موقفاً معيّناً فقد لا نستطيع أن نعتبر ذلك موقفاً حيادياً بل موقفاً واقعياً أملَته ظروف الواقع والمعادلات التي تحكمه. ومن المسلّم به أن «الحياد» قد يؤدّي إلى درء مفسدة أو جلب منفعة وذلك بدرجة ملزمة فيتحول بذلك إلى موقف إسلامي ملزم، نظراً إلى أنَّ الشأن العام ذو صلة وثيقة بالمصلحة والمفسدة ومتغيّرات الواقع، وقواعد الفقه الإسلامي تعطي نصيباً وافراً للواقع ومتغيّراته.

2 ـ القانون العام الداخلي وفروعه في المنظور الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن القانون الداخلي الإسلامي (الفقه العام الداخلي) عبارة عن القواعد القانونية التي تنظِّم العلاقات المتّصلة بحق الحكم الإسلامي أو الحاكم الإسلامي[1] في المجتمع، وله فروع عدّة مثل: الفقه الدستوري، والفقه الإداري، والفقه المالي، والفقه الجنائي. وفي ما يلي شرح موجز لهذه الفروع:

الفرع الأول: الفقه الدستوري

تمهيد

إن «القانون الدستوري» أو «القانون الأساسي» ـ حسب المصطلح

---

(1) إن الحق العام هو حق مجتمعي أبامتياز ـ والدولة (الحكم الإسلامي)، أو الحاكم الإسلامي (ممثِّل الحكم الإسلامي)، يمارس ذلك الحق بالنيابة عن المجتمع، وليس بالأصالة، حيث إن الحق العام ليس حقّاً شخصياً للحاكم وإنّما هو حق عام مجتمعي.

الدارج في المغرب العربي ـ يعتمد في وجوده على اعتبارين أساسيين:

أ ـ **الاعتبار المجالي**: حيث إن القانون الدستوري يتناول خصوص القواعد القانونية المتّصلة ببنية الدولة وطريقة ممارسة السلطة السياسية دون غيرها من القواعد القانونية.

ب ـ **الاعتبار المراتبي**: حيث إن القانون العام والقانون الدستوري ـ بشكل خاص ـ يعتمد على «مبدأ التخفيض» الذي يحكم القوانين، وعلى أساسه يتمّ تصنيف القوانين تصنيفاً مرتّباً لجهة الأهمية والموقع في خارطة القوانين السائدة والمعمول بها. وللقانون الدستوري الهيمنة المرتبية (الموقعية) بين باقي القوانين، وعلى أساسه يصار إلى صياغة القوانين وتفسيرها.

وعليه، فلا يمكن الحديث عن القانون الدستوري الإسلامي (الفقه الدستوري) انطلاقاً من الاتجاه السائد لدى العديد من الفقهاء المسلمين الذين لا يميِّزون بين مراتب القواعد القانونية في الإسلام، ويصنِّفونها في مرتبة واحدة نظراً إلى وحدة مصدر التشريع لتلك القوانين.

ويستقيم الحديث عن القانون الدستوري الإسلامي على أساس اتجاه الفقهاء الذين يميِّزون بين مراتب التشريع الإسلامي، ويعتبرون التشريعات والقواعد القانونية الواردة في القرآن الكريم، وأحكام الشريعة الثابتة بوضوح فقهي مطلق بمثابة «الدستور». وسائر التشريعات والقواعد القانونية الإسلامية ذات مصادر غير قرآنية أو أيّ موقف للشريعة يحتوي على أكثر من اجتهاد، تعدُّ بمثابة التشريعات العادية. وتعتبر التشريعات الأخيرة من نطاق البدائل المتعدِّدة من الاجتهاد المشروع

دستورياً[1]. وقد يعضد هذا التوجه مّا ورد من النصوص العديدة[2] الدالّة على عرض الروايات على القرآن، والذي يعني ـ بالدرجة الأولى ـ بضرب التكافؤ بين ما ورد في القرآن وما ورد في الروايات لإثبات قيمومة القرآن على السنّة.

أولاً: مصادر الفقه الدستوري

يعتمد التشريع الإسلامي ـ كما هو معروف ـ على المصادر الرئيسية الأربعة، غير أنَّ التشريع الدستوري يعتمد، إضافة إلى ذلك، على بعض المصادر الثانوية، وذلك أن جزءاً كبيراً من التشريعات في الشأن العام تعدُّ من الأمور التدبيرية التي تركت فيها منطقة فراغ تشريعي تتعامل معها القيادة الإسلامية، ومن المصادر الثانوية:

أ ـ المصلحة العامة:

والمقصود بالمصلحة العامة هي المنافع العامة التي تعود إلى المجتمع الإسلامي، وأفراده، فإنَّ كل تدبير تشريعي يؤدّي إلى جلب المنفعة[3] للمجتمع الإسلامي فهو مشروع، يُؤخذ به في مجال الشأن

---

(1) أنظر: الصدر، محمد باقر: الإسلام يقود الحياة، ص 9 وما بعدها. وأصول الدستور الإسلامي، المطبوع ضمن: شبلي الملاط: تجديد الفكر الإسلامي، دار النهار، بيروت، 1998، ص 39 ـ 41. والمودودي، أبو الأعلى: نظرية الإسلام وهداه في السياسة والقانون والدستور، ص195، و203.

(2) أنظر: الحرّ العاملي، محمد بن الحسن: وسائل الشيعة، ج27، صفات القاضي؛ والهيثمي، نور الدين: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988م، ج1، ص170.

(3) المقصود من المنفعة بالألف واللام هنا، هي المنفعة التي تتناسب أولاً من حيث النتائج مع الجهود التي تبذل في انتاجها، وثانياً: أن يكون طابعها طابعاً عاماً مجتمعياً لا تعود إلى شخص بعينه.

العام، وبالأولى لو تضمَّن التشريع درء مفسدة اجتماعية. ويرجع تقدير «المصلحة العامّة» إلى «الخبراء»[1]. والجهة المعنية بمباشرة التشريعات المصلحيّة هي الدولة ومؤسّساتها حيث إنَّها الجهة الوحيدة التي تملك «الشرعية القانونية» للنيابة عن المجتمع في إدارة الشأن العام. والدليل على اعتبار هذه المصلحة هو البناء العقلائي، والسيرة العملية للعقلاء في المجال الاجتماعي.

ب ـ التراث الإنساني في الشأن العام:

ينبغي أن نلتفت إلى نقطة أساسية في التشريع الإسلامي في مجال المعاملات ـ بالمعنى الأعم ـ وهي أن تلك التشريعات في أغلبها إمضائية وليست تأسيسية[2]. ومعنى ذلك أن الشرع الإسلامي يولي أهمية كبرى للأُسُس العقلائية التي تختزل التجربة الطويلة للإنسان في مسيرتها الإنسانية نحو بناء المجتمع، وتسيير أمور الحياة وفقاً لمبدأ الخطأ والصواب في دائرة التجربة الاجتماعية. والأصل الأساس في دائرة الشأن العام وفق التصوّر الإسلامي هو «حفظ النظام العام»[3] الذي يرجع في أساسه إلى التجربة الإنسانية ومفاعيلها، ويشمل كل ما يؤثّر بدرجة

(1) هو الأصل في تقدير المصالح الاجتماعية، والمعتمد في سلوك العقلاء في المجتمع.

(2) إن اعتماد مبدأ الإمضاء لمعاملات العقلاء وتأييد سيرتهم العملية هو بمثابة التأييد الضمني لمصدريّة السيرة العقلائية، والأساس الذي يعتمده العقلاء هنا، هو مبدأ الخطأ والصواب في المجال الاجتماعي.

(3) أنظر حول هذا الأصل: الطالقاني، ملا نظر علي: مناط الأحكام، الطبعة الحجرية، 1304هـ. البحر الرابع: في بيان حفظ النظام، ص 16 ـ 17. وقارن مع شمس الدين، محمد مهدي: المقدَّس وغير المقدَّس في الإسلام، مجلة المنطلق، العدد 98، رجب 1413هـ؛ كانون الثاني 1993؛ حيث يرى أنه يوجد أمر واحد يمكن القول أنّه مقدَّس في الدولة، وهو ما نسميه بالفقه حفظ النظام العام للمجتمع.

الضرورة والحاجة في تسيير حياة المجتمع، كقضايا الأمن، والاقتصاد، ونظام العدالة القضائية وغيرها، بل كل ما يتّصل بانتظام حياة الناس اليومية والعامة.

ولكي تأخذ التجربة الاجتماعية مداها في مجال الفقه الدستوري، لا بد من أن تتحوّل إلى أعمدة للنُظُم المجتمعية العامة، وأن تثبت جدواها في الحفاظ على الكيان المجتمعي ومؤسساته.

جـ ـ الشّورى:

يُعَدُّ مبدأ الشّورى مصدراً من المصادر المهمّة للفقه الدستوري في الإسلام انطلاقاً من الآية الكريمة: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾[2]: والمقصود من الشورى هو أن يجتمع أصحاب الرأي والقرار[3] لتبادل الرأي حول المواضيع ذات الأهميّة من الشأن العام كي يصار إلى اتّخاذ القرار وفقاً لنتائج التداول وبعد بلورة التصوّرات ونضج الأفكار[4]، حيث قال: ﴿فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾[5]، مشيراً إلى

---

(1) سورة الشورى: الآية 38.

(2) سورة آل عمران: الآية 159.

(3) لقد اختلف الفقهاء حول أصحاب الشورى وأهل الحل والعقد ومواصفاتهم وأصنافهم. أنظر: الماوردي، أبو الحسن: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 3 ـ 4؛ والقاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص 4؛ والجويني، عبد الملك: غياث الأمم في التياث الظلم، دار الدعوة، الاسكندرية، 1979، ص 82؛ والرازي، محمد بن عمر: مفاتيح الغيب، دار الفكر العربي، بيروت، 1985، ج5، ص 148 ـ 150.

(4) أنظر: عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، ط4، 1405هـ، 1985م، ج1، ص37 ـ 41.

(5) سورة آل عمران: الآية 159.

اتخاذ القرار المناسب بعد المشورة آخذاً بما يترتّب على ذلك من نتائج وآثار.

ثانياً: نطاق الفقه الدستوري وموضوعاته

يشتمل القانون الدستوري على القواعد القانونية التي تتناول الدولة أركانها، أشكالها، وظائفها، نظرياتها وآليات ممارسة الحكم فيها؛ ببيان فلسفة الحكم[1]، والمفاهيم المتّصلة به؛ والأركان التي تعتمد عليها الدولة من منظور إسلامي[2]، والأشكال التي تتخذها الدولة وفقاً لاعتبارات فلسفية أو واقعية[3]، والوظائف والمهمَّات التي تمارسها[4]، والنظريات التي تفسِّر آليات ممارسة الحكم فيها[5]. إن البحث عن غاية الدولة وهدفها الرئيس من المسائل الفلسفية الأساسية في المنظور الإسلامي، وكذلك استخدام القوة من أجل هدف عام، والاحتكار الشرعي لوسائل العنف في المجتمع، هي من المسائل الأساسية التي لها جذور فلسفية في القانون الدستوري. هذا إضافة إلى بيان الحقوق السياسية، وهي في القانون الوضعي عبارة عن الحقوق التي يقرّرها القانون للشخص باعتباره منتمياً إلى بلد معين، حتى يتمكّن من الاشتراك في شؤون الحكم، وفي إقامة النظام السياسي للجماعة، وتهدف إلى

---

(1) أنظر: شمس الدين، محمد مهدي: في الاجتماع السياسي الإسلامي، دار الثقافة، قم، 1414هـ. 1994م، ص 69 وما بعدها.

(2) أنظر: مصطفوي، محمد: نظريات الحكم والدولة، معهد الرسول الأكرم العالي للدراسات الإسلامية، بيروت، 2002م، مبحث أركان الدولة في الفكر الإسلامي السياسي، ص 63 ـ 94.

(3) المصدر نفسه، ص 97 ـ 130.

(4) المصدر نفسه، ص 133 ـ 147.

(5) المصدر نفسه، ص 151 ـ 245.

حماية المصالح السياسية للمجتمع[1]. كما يتناول القانون الدستوري الحقوق المدنية وهي الحقوق الرامية إلى حماية الأفراد ومصالحهم، وتنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة. والحقوق العامّة هي الحقوق الثابتة للشخص بمجرَّد وجوده وكونه إنسانا، وقد يطلق عليها مصطلح حقوق الشخصية كونها لصيقة بالشخصية الإنسانية. وسمِّيت هذه الطائفة من الحقوق بالحقوق الطبيعية وحقوق الإنسان أيضاً. وأما الحقوق الخاصة، فهي الحقوق التي تقرّرها فروع القانون الخاص المختلفة وعلى الأخص القانون المدني، وتنقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية فيما تنقسم الحقوق الأخيرة إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية[2]. كما يتضمن القانون الدستوري بيان الحرّيات الشخصية مثل: حرية التنقل طوعاً وباختيار، وعدم الاعتقال التعسفي، والحريات العقلية ـ الفكرية مثل: حرّية الرأي والدين، وحرّية النشر والتعليم، والحريات الاقتصادية مثل: حق العمل وحرية التجارة والصناعة. والحريات الجماعية والاجتماعية، مثل: حرية الاجتماعات، حرية الجماعات، حرية الإعلام المرئي والمسموع والمقروء إلخ. . .

ثالثاً: أبواب الفقه الدستوري في الفقه الإسلامي

يجدر القول إنّ موضوعات الفقه الدستوري مبعثرة في ثنايا علوم عدَّة كعلم الكلام، والتاريخ، والسِّير، والفقه وأصوله، والحديث وشروحه، والتفسير، وما إلى ذلك من علوم، فضلاً عن أن الباحث لا

(1) أنظر: فرج، د. توفيق حسن: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 475.

(2) المصدر نفسه، ص 476 ـ 477 و488 ـ 489.

يجد ضالّته في أبواب معينة من تلك العلوم، بل يجدها مبعثرة في ثنايا ذلك العلم كلّه. فمثلاً في الفقه الإسلاميّ الإماميّ نجد البحث حول الحكم، والولاية، والسلطة في كتب عدَّة، مثل: الوصيّة[1]، والجهاد[2] والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[3]، والقضاء[4]، والبيع[5]، والحسبة[6]، والصلاة[7]، وغيرها من أبواب وكتب فقهيّة.

وفي الفقه الإسلامي السنّي (المذاهب الأربعة) قد يجد الباحث مبدأ دستورياً في كتاب القضاء، ثم يجد الآخر في كتاب الإمارة، ويجد غيره في كتب السِّيَر، وآخر في كتاب الحدود، أو الفيء أو

---

(1) أنظر: المفيد، محمّد بن نعمان البغدادي (ت: 433 هـ): المقنعة، كتاب الوصّية. والطوسّي، محمّد بن الحسن (ت 460 هـ): النهاية، كتاب الوصية. وابن إدريس: السرئر، كتاب الوصية.

(2) أنظر: سلاّر الديلميّ، حمزة بن عبد العزيز(ت 469 هـ): المراسم العلويّة، كتاب الجهاد؛ والطوسيّ: كتاب الجهاد. والعلاّمة الحليّ، الحسن ابن المطّهر(ت 771 هـ): قواعد الأحكام، باب الجهاد؛ والحلّي ابن فهد (ت 841 هـ): المهذّب البارع، الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(3) أنظر: النجفيّ، محمد حسن (ت 1266 هـ): جواهر الكلام، كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج21.

(4) أنظر: الشهيد الثانيّ، زين الدين العامليّ: مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام، كتاب القضاء؛ والأنصاريّ، مرتضى(ت 1281 هـ): كتاب القضاء.

(5) أنظر: الأنصاري، مرتضى: المكاسب، ص 153 ـ 155؛ والخراسانيّ، ملا محمد كاظم: حاشية على المكاسب، وزارة الإرشاد الإسلامي، طهران، 1406 هـ، كتاب البيع. والإمام الخمينيّ: كتاب البيع، مطبعة الآداب، النجف، 1391 هـ، ص 416 ـ 417.

(6) أنظر: الشهيد الأول، محمد بن مكي(ت 786 هـ): الدروس الشرعيّة، باب الحسبة.

(7) أنظر: الكركيّ، علي بن عبد العال: رسائل المحقق الكركيّ، رسالة في صلاة الجمعة. والبروجردي (محمّد حسين الطباطبائي): البدر الزاهر في صلاة الجمعة والمسافر، تحرير: حسين علي المنتظري.

النكاح، والطلاق[1]. ما يجعل البحث شاقّاً ويتطلّب المزيد من الجهد والتحقيق.

ثمّ إنّ تبيين النظام السياسيّ الإسلاميّ، وقدرته على إعطاء الحلول الناجعة للمشاكل التشريعيّة والإداريّة، ومواكبته لتطوّرات الحياة السريعة يتطلَّب دراسة معاصرة للفقه الدستوري من خلال الأُسُس والمبادئ التشريعيّة العامّة، والنّصوص الخاصّة التيّ تعالج قضيّة الحكم والسلطة ومسائل الشأن العامّ. لاسيّما لو أخذنا بالحسبان أنّ الدّولة هي الشرط الأساس للحضارة ولتجسيد القِيَم الإنسانّية والإيمانّية، وحسب تعبير أندرو فنسنت إنَّ الصراع حول الدّولة لم يلغ، وهي ـ بطرق متعددة ـ خطر مثلما هي تمجيد أو مباركة، لأنّها تملك إمكانّية وقابلية للتدمير الرهيب والمريع كما هي قادرة على البناء والحياة. لذلك من الأهمّية بمكان أن يكون لدينا إدراك نظريّ للدولة ومؤسّساتها.

الفرع الثاني: الفقه الإداري:

يُعتبر «سوء التدبير» من المشاكل الأساسية التي عانت منها الأمة الإسلامية في ظلّ الحكّام المستبدين، وهو ما عبَّر الرسول (ص) عن تخوّفه المستقبلي تجاهه قائلاً: «ما أخاف على أمّتي الفقر وإنّما أخاف عليهم سوء التدبير»[2]. وسوء التدبير تعبير شامل عن كل خلل وتهاون تدبيري (إداري ـ فنّي) يقع فيه الإنسان. ويشمل ـ حسب المصطلح

(1) أنظر: المودودي (أبو الأعلى): نحو الدستور الإسلامي، المطبعة السلفية، ص26؛ والبياتي (د. منير): مصدر سابق، ص3 ـ 14.

(2) ابن أبي جمهور الأحسائي: عوالي اللئالي، مطبعة سيّد الشهداء، قم، 1403هـ، 1983م، ج4، ص 39.

المتداول في مجال الإدارة ـ كل مستويات التدبير والإدارة من التخطيط، والتنظيم، والتنفيذ، والتوجيه، والرقابة، والتقييم.

والإدارة ـ في معناها العام ـ هي الجهاز الذي يسيِّر شؤون الدولة والمجتمع، وتختلف مع السلطة السياسية، وتقع تحت أمرتها[1]. وسبق أن أشرنا إلى أن القانون الإداري يتناول القواعد القانونية التي تنظِّم نشاط السلطة التنفيذية وكيفيَّة أدائها لوظيفتها الإدارية، كما تُعنى تلك القواعد بتنظيم علاقة الموظفين، وبتحديد شروط الوظيفة والتعيين والترقية والتأديب والعزل والاستقالة وغيرها.

بيد أنّ النصوص التشريعية لا تتناول الشكل التنظيمي للإدارة، وذلك بسبب أن الإدارة واقع متحرّك في حياة المجتمع المتغيّرة والمتحوّلة، فليس من الحكمة تقييدها بتشريع خاص، وإنّما تركت منطقة فراغ تشريعي تتعامل معها القيادة الإسلامية بما يناسب كل مرحلة تاريخية وظروفها، من تنظيمات، على أساس القواعد العامة للشريعة في البناء السياسي والتنظيمي للدولة[2].

وهناك اعتباران أساسيان يجب التمييز بينهما في البناء الإداري هما:

---

(1) أنظر: شمس الدين، محمد مهدي: النظام الإداري في الحكومة الإسلامية (ملخّص بحث مقدم إلى المؤتمر الرابع للفكر الإسلامي الذي عقد في طهران، شباط عام 1986 تحت عنوان الحكومة في الإسلام). ورد في: مدخل إلى الفكر السياسي في الإسلام (مجموعة مقالات)، إعداد: د. صادق حقيقت، مكتب الدراسات الإسلامية التابع لرابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، مؤسسة الهدى للنشر والتوزيع، طهران، 2001م. 1421هـ، ص 351.

(2) المصدر نفسه، ص353.

1 ـ فلسفة الإدارة وأهدافها.

2 ـ تقنيات العمل الإداري وأساليبه.

ويخضع الأساس الأول للاعتبارات الشرعية، في حين أن الأساس الثاني يقبل التطوير والاستعارة والاقتباس[1]. ومن المسائل التي تطرح على المستوى الإداري في المنظور الإسلامي سؤال حول ما إذا كانت الإدارة في الإسلام تخضع لاعتبارات الكفاءة أو لاعتبارات رسالية. فهل ينبغي مراعاة الجانب العقائدي بإسناد المناصب والمهمّات الإدارية إلى المخلصين الواعين، رسالياً وسياسياً، وإن أدى ذلك إلى الإخلال بسلامة سير الإدارة مدة من الزمان، أو ينبغي الاستجابة لضرورة تولّي الأكفاء بمقدار ما تقتضي به الضرورة أو الحاجة؟ لقد ارتأى بعض الفقهاء[2] الاختيار الثاني نظراً إلى سيرة النبي(ص) والإمام علي(ع) وسائر الخلفاء الأولين[3]، في حين أن الرأي السائد في أوساط الفقهاء هو ترجيح الاختيار الثاني لاعتبارات قيمية .

أولاً: مصادر الفقه الإداري

من المهم الإشارة إلى أنّ المصادر الأوّلية والثانوية التي سبق الحديث عنها في الفقه الدستوري هي المعتمدة في الفقه الإداري، وبشكل خاص على مستوى التطبيق العملي، فإنَّ المصدر الأساس هو عهد الإمام علي (ع) إلى عامله على مصر مالك بن الحارث الأشتر،

(1) د. صادق حقيقت، مصدر سابق، ص353.

(2) شمس الدين، محمد مهدي: مصدر سابق، ص354.

(3) للمزيد حول الموضوع أنظر: شمس الدين، محمد مهدي: نظام الحكم والإدارة في الإسلام، المؤسسة الدولية، بيروت، 1415هـ، 1995م.

والتطبيقات التي تمَّت في عهد الخلفاء الراشدين[1]، إضافة إلى الكتابات التي وضعت لتوجيه الإدارة والمسؤولين الإداريين من قبل بعض الفقهاء في عهود متأخرة كالعهد العباسي ومنها «كتاب الوزراء والكتّاب» للجهشياري[2]، والأحكام السلطانية لكل من أبي الحسن الماوردي وأبو يعلى الفرّاء وغيرهم.

ثانياً: الرقابة الإدارية والقضائية على الشؤون الإدارية

لقد أمر الإمام علي(ع) بوضع نظام خاص للتفتيش الإداري لمراقبة أعمال الموظفين، ومدى انطباقها مع قواعد الشرع، كما يظهر من قوله: «ثم تفقّد أعمالهم وابعث العيون من أهل الصدق والأمانة عليهم، فإن تعاهدك في السرّ لأمورهم حدوة لهم على استعمال الأمانة والرفق بالرعية»[3].

كما أمر بإنزال العقوبة بالموظف الذي يسيء استعمال صلاحياته وسلطاته في مجال الشأن العام، قائلاً:

«وتحفظ من الأعوان، فإنْ أحد منهم بسط يده إلى خيانة اجتمعت بها عليه عندك أخبار عيونك اكتفيت بذلك شاهداً فبسطت عليه العقوبة في بدنه، وأخذته بما أصاب من عمله، ثم نصبته بمقام المذلة، ووسمته بالخيانة، وقلَّدته عار التهمة»[4].

---

(1) أنظر: شمس الدين: النظام الإداري في الحكومة الإسلامية، ص355.

(2) الجهشياري، محمد بن عبد وس(ت 331هـ): كتاب الوزراء والكتّاب، بأبي الحلبي، القاهرة، 1983م.

(3) الإمام علي(ع): نهج البلاغة، عهد الإمام إلى مالك الأشتر النخعي، عامله على مصر.

(4) المصدر نفسه.

كما أنّ النظام القضائي الإسلامي أناط الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بديوان المظالم، أو ولاية المظالم، وهي نوع من المحاكم الخاصة بالإدارة، يُناط بها تنفيذ الأحكام القضائية التي يعجز عن إجرائها والي الحسبة لشوكة الغاصب أو موقعه الإداري والاجتماعي.

الفرع الثالث: الفقه المالي

تمهيد:

لقد ورد التأكيد على أهمية ودور المال في حياة الإنسان بأشكال مختلفة في الكتاب والسنّة[1]، وذُكِرَ في القرآن الكريم ستاً وسبعين مرة، مفرداً وجمعاً، ومعرَّفاً، ومنكراً، ومضافاً، ومنقطعاً عن الإضافة.

وقد استفاد البعض[2] من اقتران المال بالأولاد والأنفس وتقديمه عليهما في جميع الآيات القرآنية ما عدا آية واحدة وهي قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ﴾[3]. إن في هذا التقديم إلفاتاً صريحاً إلى أنَّ المال في منزلة فوق منزلة النفس والولد! وسواء أخذنا بهذا الفهم أم لم نأخذ، فإنه من المسلّم به أن هذا الإلفات والمضامين الواردة في الكتاب والسنَّة تؤكِّد على أهمية دور المال في حياة الإنسان إلى درجة أن القرآن عبَّر عنه بالمقوِّم لحياة الإنسان

---

(1) للمزيد من التوضيح حول دور المال وأهميته وطرق تداوله أنظر: الحكيمي، محمد رضا وأخويه: الحياة، ج3، مكتب نشر الثقافة الإسلامية (دفتر نشر فرهنك إسلامي)، طهران، ط2، 1414هـ.

(2) الخطيب، عبد الكريم: السياسة المالية في الإسلام، دار المعرفة، بيروت، لا تاريخ، ص 39 ـ 40.

(3) سورة التوبة: الآية 111.

ومعيشته في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾[1]

ويدلّ التراث الإسلامي في مجال الأموال وتداولها، على مدى الحساسية التي كان يتعاطى بها الفقه الإسلامي بالنسبة إلى الأموال لاسيما في ما يتصل بالأموال العامة. وما مصطلحات «بيت المال»، «الأنفال»، «الفيء»، «الخراج»، «الزكاة»، «الخمس»، وغيرها من مصطلحات المال العام إلّا دليل على هذا الاهتمام البالغ.

أولاً: المعاملات المالية وأقسامها

تنقسم المعاملات المالية في الفقه الإسلامي إلى قسمين أساسيين:

القسم الأوَّل: المعاملات المالية التي يكون الحكم والحاكم الإسلامي (بهدف تحقيق الصالح العام) طرفاً فيها. وهي تشتمل على أبواب فقهية عديدة في الفقه الإسلامي، مثل: الزكاة[2]، والخمس[3]، والأنفال[4] والرسوم والضرائب المقرَّرة من قبل الحكم الإسلامي[5].

---

(1) سورة النساء: الآية 5.

(2) الزكاة في حقيقتها نوع من الضريبة الثابتة على الأموال، وقد حدّدتها النصوص الشرعية في موارد تسعة، ويرى بعض فقهاء السنّة (المذاهب الأربعة) تعميمها على غير تلك الموارد أيضاً. أنظر: سيد سابق: فقه السنّة، كتاب الزكاة، ج1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط2، 1999، ص 387 ـ 489. القرضاوي، د. يوسف: الزكاة،

(3) الخمس ضريبة مالية ثابتة على الموارد التالية: 1 ـ غنائم الحرب، بإجماع المسلمين، 2 ـ المعادن. 3 ـ الكنز. 4 ـ الغوص. 5 ـ المال المختلط بالحرام. 6 ـ أرباح المكاسب.

(4) للأنفال في الفقه الإسلامي مصاديق عديدة منها: 1 ـ الأراضي السائبة. 2 ـ المعادن. 3 ـ سواحل البحار. 4 ـ الجبال. 5 ـ الغابات. 6 ـ أملاك الملوك والرؤساء (قطائع الملوك وصفاياهم).

(5) المقصود بالضرائب والرسوم تلك التي تقرِّرها الدولة مضافاً إلى الزكاة والخمس.

كما تتضمّن جميع المعاملات المالية التي تكون الدولة الإسلامية طرفاً فيها مثل القرض، والهبة، ومسائل النقد وغيرها.

وتصنّف هذه المعاملات المالية ضمن الفقه العام (القانون الإسلامي العام)، ويعدُّ هذا النوع من المعاملات من النظام العام، لأنَّ الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامّة التي تتعلّق بنظام المجتمع العام.

والأصل في هذا النوع من المعاملات المالية، وما يترتّب عليها من حقوق وواجبات مالية والتزامات وأنظمة وتعليمات، أن المرجعيّة فيها للدولة الإسلامية والحكم الإسلامي، وليس للأفراد الحق في وضع اليد عليها من دون أن يمثّل موقعاً في سلسلة النظام الاجتماعي الإسلامي. لأنَّ الخطاب في هذه المعاملات إلى الحكم والمجتمع الإسلامي، وليس من قبيل الأمور الحسبية ولا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حيث المخاطب فيها عموم الأفراد.

القسم الثاني: المعاملات المالية التي لا يكون الحكم أو الحاكم الإسلامي طرفاً فيها لتحقيق الصالح العام، وهي تشمل المعاملات المالية التي تُصنَّف ضمن الفقه الخاص (القانون الإسلامي الخاص) ولا سيّما فقه المعاملات المالية، وتتضمن أبواباً فقهيّة عديدة مثل: البيع، والإجارة، والمضاربة، والشفعة، والجعالة، والشركة، والمزارعة، والمساقاة، والوديعة، والعارية، والرهن، والهبة، والضمان، والوكالة ذات النتائج المالية، والحوالة المالية، والكفالة المالية، واللقطة، والقرض والوصايا المالية، والوقف وغيرها.

ثانياً: مصادر الفقه المالي

إن المصادر الأساسية للفقه المالي الخاص هي المصادر الأربعة

الرئيسة في التشريع الإسلامي. وأما مصادر التشريع في مجال الفقه المالي العام، فهي، إضافة إلى هذه المصادر الأربعة، الدولة الإسلامية التي لها حق وضع الرسوم والضرائب العامّة، والدخول في المعاملات المالية وتنظيمها بهدف تحقيق المصلحة العامّة، والحيلولة دون الإخلال بالنظام العام.

ثالثاً: الشؤون التدبيرية في الفقه المالي

وكما يحدّد الفقه المالي القواعد والأحكام العامة المرتبطة بالضرائب الثابتة والمتحرّكة في الدولة، بغرض تحديد موارد الدولة، وإيراداتها الخاصة، فإنه يحدِّد، كذلك، أوجه إنفاق تلك الإيرادات على مختلف مرافق الدولة، كالأمن والدفاع والصحّة والقضاء والتعليم والشؤون الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغيرها. إلا أن المرجعيّة الفقهيّة في القضايا التدبيرية بشكل عام، والقضايا التدبيرية المالية بشكل خاص، هي مرجعية فنية. وأما الشؤون الإدارية، وآليات وطرق الإنفاق والرقابة عليها وسائر الأمور التنفيذية، فهي راجعة إلى الدولة الإسلامية ومؤسّساتها.

رابعاً: القاعدة الرئيسة في الفقه المالي

لقد حدَّد القرآن الكريم القاعدة الأساسية في الأموال بقوله: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾[1]. هذه الآية الكريمة من خلال التعليل الوارد في عجزها تؤكّد على وجود اعتبارين أساسيّين في خصوص الأموال وفقهها هما:

---

(1) سورة الحشر: الآية 7.

ـ لا ينبغي أن تتجمَّد الأموال بل ينبغي أن تُتداول بين الناس.

ـ لا ينبغي أن تكون دائرة التداول محدودة بفئة أو جماعة خاصّة أي الأغنياء وأصحاب رؤوس الأموال، بل ينبغي أن يستفيد منها الجميع وتعمَّم الاستفادة منها.

الفرع الرابع: الفقه الجنائي

الفقه الجنائي (الأحكام الجنائية أو العقوبات) يشتمل على القواعد التي تحدِّد الأفعال الجُرميّة، وطرق إثباتها، وآليّات تنفيذ الأحكام بحق مرتكبي الجريمة. وتنقسم هذه القواعد إلى أقسام ثلاثة: القضاء والشهادة؛ الحدود والقصاص والديّات؛ التعزيرات.

أولاً: الجريمة، تعريفها، أركانها، وأقسامها

أ ـ تعريف الجريمة:

كل أمر محظور شرعاً يعدُّ ارتكابه جريمةً في الفقه الإسلامي[1]. وعليه تشمل الجريمة إتيان المحرّمات أو ترك الواجبات فيما إذا دلَّ النصّ على ثبوت الجريمة سلبيةً كانت أم إيجابية.

ولا فرق في الإطلاق الفقهي بين الجريمة والجناية، وكلاهما يؤديّان معنىً واحداً.

ب ـ أركان الجريمة:

لا تتحقّق الجريمة في المنظور الفقهي إلا بتوفّر أركان ثلاثة:

---

(1) أنظر: الماوردي: الأحكام السلطانية (م.س.)، ص192. وعودة، عبد القادر التشريعي الجنائي الإسلامي، ج1، ص66.

الأول: الركن الشرعي:

والمقصود بالركن الشرعي وجود نصّ شرعيّ على الجريمة، إذ كما تقول الآية الكريمة: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾[1].

الثاني: الركن المادي:

والمُراد بالركن المادي هو تحقّق الفعل الجرمي، إذ كما تقول السنّة: «ومن همّ بسيئة لم تكتب عليه، ومن همّ بها وعملها كتب عليه سيّئة»[2].

الثالث: الركن النفسي:

وهو ما يُصطلح عليه في القانون الوضعي بالركن الأدبي، بأن يكون الجاني مسؤولاً عن الجريمة. وعليه لا بد من توفّر الشروط العامة للتكليف (كالعقل والبلوغ، والإرادة والرضا)، مضافاً إلى الشروط الخاصة للفعل الجرمي.

ولا تتحقّق الجريمة من دون توفّر تلك الأركان الثلاثة العامة.

ج ـ أقسام الجريمة:

تنقسم الجرائم في الفقه الإسلامي بحسب العقوبة المقرّرة عليها إلى ثلاثة أقسام: الحدود، القصاص والديّات، والتعزيرات.

---

(1) سورة الإسراء: الآية 15.

(2) المجلسي، محمد باقر: بحار الأنوار، مؤسسة الوفاء، بيروت، ط2، 1983. ج68، ص253.

وجرائم الحدود ـ حسب المذاهب الأربعة ـ هي العقوبة المقدّرة حقاً لله تعالى، وهي سبعة جرائم فقط[1]:

أ ـ الزنا. ب ـ القذف. جـ ـ الشرب. د ـ السرقة. هـ ـ الحرابة. و ـ الردة. ز ـ البغي. في حين أن فقهاء الإماميّة لا يقصرون الحدود على ما ورد التنصيص به في القرآن الكريم، والحد عندهم كلّ الجرائم التي ورد فيها عقوبة مقدّرة سواء كان مصدرها الكتاب أم السنّة. وعليه، فإن بعض الفقهاء الإمامية أوصل عدد الحدود إلى ستة عشر[2]، هي إضافة إلى السبعة السابقة ما عدا البغي، الجرائم التالية: اللواط، والتفخيذ، وتزويج ذمّي على مسلمة بغير إذنها، وتقبيل المُحرم غلاماً بشهوة، والسحق، والقيادة، وبيع الحُرَّ، وسبّ النبي، ودعوى النبوة، والسحر.

وسبق أن أشرنا إلى أنَّ الحقّ في المنظور الإسلامي ينقسم إلى قسمين: حق الله، وحق الناس. وبيّنا ـ أيضاً ـ أن المرجعية الإسلامية للحقوق تَنسبُ الحق العام الذي يرجع استيفاؤه إلى الحكم والدولة إلى الله، فيعبِّر عن الحقوق العامّة بحقوق الله. وذلك للاعتبار القِيَمي،

---

(1) أنظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (الفقيه الحنفي): فتح القدير بشرح العاجز الفقير، مصطفى الحلبي، القاهرة، 1355هـ. وشرح فتح القدير، الطبعة الأميرية، ج4، ص 112 ـ 113. والحجاوي، شرف الدين موسى (الفقيه الحنبلي): الإقناع، الطبعة المصرية الأولى، ج4، ص 244. والماوردي: الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص192 وما بعدها. والكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الفقيه الحنفي): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1394، وطبعة الجمالية، ج7، ص33 و56.

(2) الخوئي: مباني تكملة المنهاج، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت، لا تاريخ، ج1، ص 166 ـ 337.

والمرجعي، والإجرائي. وعليه فإنَّ الفقه يميّز بين الجرائم التي تقع على الحق العام، والجرائم التي تقع على الحق الخاص. والحدود هي من القسم الأول أي من حقوق الله، في حين أن القصاص من الحقوق التي يجتمع فيه الحقّان، وحق الناس هو الغالب فيه، فيصنّف ضمن حقوق الناس، وأمّا الديّات فهي من حقوق الناس أساساً.

ومن خصائص الحق العام أن الشخص الذي وقع عليه الفعل الجرمي لا يستطيع أن يُسقط حقّه بحيث يؤدّي إلى إسقاط الحكم المترتّب على الفعل الجرمي، لأنَّ التعدّي ليس محصوراً على الحق الخاص حتى يسقط بإسقاطه، بل استيفاء الحق في هذه الحقوق راجعة إلى الحكم الإسلامي، بخلاف الحق الخاص أو ما ينتهي إلى الحق الخاص كالقصاص ـ مثلاً ـ فإذا أسقط أولياء المقتول حقّهم يسقط القصاص، ولا يستطيع الحكم الإسلامي أن يجري الحكم على فاعل الجريمة (القاتل). وكذلك الأمر مع الديّات.

ومن خصائص الحدود[1]، والقصاص[2]، والديّات[3] أنَّ أحكامها محدَّدة من قبل الشرع بخلاف التعزيرات.

والمقصود بالتعزيرات تلك الأحكام الجنائية (العقوبات) التي لم يَرِد نصّ فيها في الشرع الإسلامي، وتُرك أمر تحديدها إلى الحاكم الإسلامي، وهي تشمل منطقة واسعة من التشريع الجنائي الإسلامي الذي

(1) أنظر حول تفاصيل الحدود الستة عشر إلى: الخوئي: مباني تكملة المنهاج، ص 166 ـ 353.

(2) أنظر حول تفاصيل القصاص: المصدر نفسه، ج2، ص 3 ـ 185.

(3) أنظر حول تفاصيل الديات: المصدر نفسه، ص 186 ـ 456.

ظلّ فارغاً وتُرك أمرُ ملئِه إلى الحكم والدولة الإسلامية والنظام القضائي المنبثق من الحكم الإسلامي كي يُحدِّد العقوبة وفقاً لحجم الجريمة، ومتطلّبات المرحلة والواقع.

وهناك تقسيمات أخرى للجريمة لم يتطرّق إليها الفقهاء في أبحاثهم الفقهية بشكل تفصيلي، مثل تقسيم الجريمة حسب إمكانية العفو فيها أو عدمه، من حيث سلطة القاضي، والظروف المخفّفة للعقوبة، وإثبات الجريمة، وقصد الجاني وعدمه، ووقت كشف الجريمة، وطرق ارتكاب الجريمة ووقوعها. ومن حيث التوقيت: الجرائم المؤقّتة، والمتجدّدة والمستمرة، وتقسيم الجرائم بطبيعتها إلى جرائم ضد الجماعة وضد الأفراد، والجرائم العادية والجرائم السياسية وغيرها من تقسيمات[1].

ثانياً: طرق استيفاء الجريمة

وللجريمة في الفقه الإسلامي طُرُق استيفاء خاصة بها. وتنقسم الجرائم ـ نظراً إلى استيفائها ـ إلى الأقسام الثلاثة التالية:

الأول: جرائم الحدود

يتولّى إقامة الحدود الشرعية الحاكم الإسلامي[2]، أو نائبه[3]؛ لأن

---

(1) للتفصيل حول هذه الأقسام للجريمة من منظور إسلامي أنظر: عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، ص 81 ـ 107.

(2) أنظر: الخوئي، أبو القاسم: مباني تكملة المنهاج، ج1، ص 224. وحصر بعض فقهاء الإمامية مثل ابن زهرة، وابن إدريس إقامة الحدود بالإمام أو بمن نصبه لذلك، نفس المرجع، وذات الصفحة.

(3) أنظر: عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، ص755.

إقامة الحدود إنّما شرَّعت للمصلحة العامة، ودفعاً للفساد وانتشار الفجور والطغيان بين الناس[1].

والمسؤول عن تلك الأمور هو الحاكم الإسلامي دون غيره. ثم إنَّ الحاكم الإسلامي يقيم حقوق الله كحد الزنا والسرقة وغيرها من دون طلب أحد، وأمّا حقوق الناس فتتوقّف إقامتها على مطالبة من له الحق حدّاً كان أو غيره[2].

الثاني: جرائم القصاص والديّات

ترجع إقامة القصاص والديّات أيضاً إلى الحاكم الإسلامي، ولكن يُشترط في ذلك طلب وليّ الدم أو المجني عليه، وذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾[3].

الثالث: جرائم التعزير

يرجع تحديد التعزير كمّاً وكيفاً إلى الحاكم الشرعي، كما يرجع استيفاء التعزيرات إليه، من دون خلاف بين فقهاء المسلمين.

ثالثاً: القضاء والشهادة (أصول الإثبات)

هل عرّف نظام القضاء الإسلامي أنواع المحاكم أم لا؟

من المسلّم به تاريخياً أن القاضي الإسلامي في بادئ الأمر كان يتولّى النظر في جميع القضايا التي تُعرَض عليه سواء كانت مدنية أم إدارية أو جزائية أو من الأحوال الشخصية أو غير ذلك، غير أن البعض

---

(1) الخوئي: مصدر سابق، ص224، الهامش.

(2) المصدر نفسه، ص227.

(3) سورة الإسراء: الآية 33.

آثر التخصّص من خلال التطبيقات التاريخية مثل تحديد الدعاوى المدنية في الحسبة أو قضاء المخالفات[1]، والدعاوى الجنائية إلى قضاء الأحداث أو الجرائم الكبرى[2]، والدعاوى المستعجلة إلى القضاء المستعجل[3].

يتولّى باب القضاء بيان القواعد التي يتمّ على أساسها فصل الخصومة بين المتخاصمين، وإثبات دعوى المدّعي على المدّعَى عليه أو عدمه. والفرق بين القضاء والفتوى من جهتين[4]:

الأولى: إن الفتوى غير معنيّة بالتطبيقات بعكس القضاء حيث لا يُكتفى فيه ببيان الحكم الشرعي الكلّي، بل يُصار إلى بيان الحكم الشخصي بتحديد المورد.

الثانية: إن الفتوى ليست حجّة إلاّ على من يجب عليه تقليد المُفتى بها، بعكس القضاء حيث يُنفّذ على كل أحد وإن كان مجتهداً، ويظهر من خلال التعريف الذي سبق أن القضاء والشهادة معنيّان بالدرجة الأولى بالجرائم المدنية، والخصومة بين الناس.

والقاضي في الفقه الإسلامي على نوعين[5]:

(1) أنظر: محمصاني، د. صبحي: المجتهدون في الحق، دار العلم للملايين، بيروت، 1979، ص 134 ـ 135.

(2) أنظر: وكيع، محمد بن خلف بن حيان: أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، لا تاريخ، ج1، ص283.

(3) أنظر: الماوردي: أدب القاضي، ص 196.

(4) أنظر: الخوئي، أبو القاسم: مباني تكملة المنهاج، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت، لا تاريخ، ج1، ص3.

(5) المصدر نفسه، ص6.

الأول: القاضي المنصوب[1]: وهو القاضي الذي يعيّنه الحاكم الإسلامي ضمن قواعد وأنظمة شرعيّة في باب القضاء الإسلامي، ويُشترط فيه الاجتهاد.

الثاني: قاضي التحكيم[2]: وهو القاضي الذي يتّفق عليه المتخاصمان، ولا يُشترط فيه الاجتهاد. ويتولّى باب الشهادة بيان القواعد التي يتمّ على أساسها قبول شهادة أو ردِّها ولها شروط وأقسام.

وحسب القواعد المقرّرة في نظام القضاء الإسلامي فإنّه كما يجوز للحاكم أن يحكم بالبيِّنة[3] وبالإقرار وباليمين، كذلك يجوز له أن يحكم بعلمه من دون فرق بين حق الله وحق الناس. وهذا ما يطرح بقوة أهميّة البوليس العلمي، وفن التحقيق في إثبات الجريمة أو نفيها مثل: أهمية مسرح الجريمة، الدم، بصمات الأصابع، آثار الأقدام أو الإطارات، آثار الآلات، التراب، جهاز كشف الكذب والتنويم المغناطيسي، الأنسجة، الأسنان، بصمة الشفتين، بصمة العين، بصمة الأذن، بصمة الركبة، بصمة الصوت، بصمة الرائحة، إفرازات الإنسان، الشعر، آثار الحيوان أو الجماد، وبصمة الحمض النووي (DNA) وغيرها من الوسائط والوسائل[4]، للكشف عن الجريمة وإيصال القاضي إلى العلم بالجريمة وحيثيّاتها. وكل هذه الأمور قابلة للبحث في المنظور القضائي الإسلامي كوسائط للإثبات.

---

(1) للمزيد حول القاضي المنصوب، أنظر: الحائري، كاظم: القضاء في الفقه الإسلامي، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ط 1، 1415.

(2) للمزيد حول قاضي التحكيم، أنظر: الحائري: المصدر نفسه، ص 155 ـ 164.

(3) أنظر حول الشهادة: الخوئي، ص 77 ـ 166.

(4) أنظر حول هذه الوسائط والوسائل وغيرها؛ بهنام، د. رمسيس: البوليس العلمي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص 110 ـ 150.

رابعاً: مواصفات القاضي وتعيينه وعزله

لقد أكد التشريع الإسلامي على أهميّة القضاء، ووضع شروطاً كثيرة ومشدّدة لتقلُّد منصب القضاء الإسلامي. وتضمَّن أقدم نص إسلامي مدوَّن في مجال القضاء ـ وهو ما كتبه الإمام علي بن أبي طالب (ع) حوالي عام 40 هـ. إلى عامله على مصر مالك الأشتر النخعي ـ الشروط التالية:

«اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك، ممن لا تضيق به الأمور، ولا تمحِّكه الخصوم، ولا يتمادى في الزلّة، ولا يُحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه، ولا تشرف نفسه على طمع، ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه، وأوقفهم في الثبات وآخذهم بالحجج، وأقلّهم تبرماً بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشف الأمور، وأصرفهم عند اتضاح الحكم، ممن لا يزدهيه إطراء، ولا يستميله إغراء وأولئك قليل»[1].

ثم يؤكد على أهميّة الكفاية المادية للقاضي حتى لا يطمع في أموال المتخاصمين، قائلاً:

«ثم أكثر تعاهد قضائه، وأفسح له في البذل ما يزيل علّته، وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعطه من المنزلة لديك، ما لا يطمع فيه غيره من خاصَّتك...»[2].

---

(1) الإمام علي بن أبي طالب: نهج البلاغة. تحقيق وإعداد: الشيخ محمد عبده، دار المعرفة، بيروت، ج 3، ص 94.

(2) المصدر نفسه، ج3، ص94.

ولقد عدّ فقهاء المسلمين شروطاً عديدة للقاضي مثل: العلم، والبلوغ، والعقل، والرشد، والإسلام، والذكورة، وطهارة المولد، والعدالة، والضبط وسلامة السمع والبصر والنطق وغيرها[1].

ثم إنَّ الأصل أن الإمام وخليفة المسلمين هو قاضي الأمّة[2]، كما أن القضاء من المهمّات الرئيسة للحكم الإسلامي[3]، والتنصيب العام ـ حسب بعض الفقهاء ـ يقتضي التعيين[4]. كما أن وليّ الأمر له الحق في تعيين القضاة[5].

والجهة التي لها حق تعيين القاضي لها الحق في عزله لسبب من الأسباب، ومن الأسباب المهمة في عزل القاضي الموارد التالية[6]:

أ ـ التمنّع عن إحقاق الحق.

ب ـ الجور في الحكم.

جـ ـ مخالفة الكتاب والسنّة.

د ـ الرشوة وغيرها.

---

(1) أنظر: الحائري، كاظم: القضاء في الفقه الإسلامي، ص 41 ـ 137؛ والماوردي، أبو الحسن: الحاوي الكبير: أدب القاضي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971م، ج1، ص 618 ـ 643. وحيدر، علي: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت، ج4، ص 525 ـ 531.

(2) أنظر: الماوردي: أدب القاضي، ص 175 ـ 176.

(3) الصدر، محمد باقر: أصول الدستور الإسلامي، ص41.

(4) الحائري، كاظم: مصدر سابق، ص39.

(5) المصدر نفسه، ص145.

(6) أنظر: الماوردي: مصدر سابق، ص180.

خامساً: القواعد الخاصة بالقضاء في الفقه الإسلامي

تضمّن الفقه الإسلامي قواعد خاصة بباب القضاء، وقد تناولت الكتب الخاصة بالقواعد الفقهية[1] تلك القواعد بالبحث والتمحيص، ونشير إلى بعض تلك القواعد:

أ ـ قاعدة: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»:

هذه القاعدة من القواعد الأساسية في باب القضاء الإسلامي، وتارةً يعبَّر عنها بقاعدة: «الأصل براءة الذمة» كما هو المشهور من مذهب الشافعي والحنفي[2]، والمستند واحد. وقد دلَّت روايات كثيرة عليها عن طريق الفريقين، فقد روى البخاري ومسلم: «ولكن اليمين على المدّعى عليه»[3]. وفي رواية البيهقي الأكثر صراحة ودلالة: «البيّنة على المدّعي، واليمين على من أنكر»[4]. وفي رواية بريد بن معاوية عن الإمام جعفر الصادق(ع): «في الحقوق كلّها البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه إلا في الدم خاصة»[5]. وقد عُلّل في رواية رواها

---

(1) يمكن الرجوع إلى الكتب التالية: العاملي، محمّد بن مكي (المعروف بالشهيد الأول): القواعد والفوائد. والمراغي، عبد الفتاح الحسيني: عناوين الأصول. بحر العلوم، محمد: بلغة الفقيه. البجنوردي، حسن: القواعد الفقهية، مدرسة الإمام أمير المؤمنين، قم، د.ت، ج4، ص 46 ـ 75؛ المكارم الشيرازاي، ناصر: القواعد الفقهية. فاضل اللنكراني، محمّد: القواعد الفقهية. المصطفوي، محمد كاظم: مائة قاعدة فقهية. الإيرواني، باقر: القواعد الفقهية.

(2) أنظر: الزحيلي، د. محمد: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1999م. ص 135.

(3) البخاري: صحيح البخاري، ج4، ص .1656 والقشيري النيسابوري: صحيح مسلم بشرح النووي، ج12، ص2، نقلاً عن: الزحيلي: (ن.م.). وذات الصفحة.

(4) البيهقي: سنن البيهقي، ج1، ص252.

(5) الحر العاملي: وسائل الشيعة، ج18، باب 3، ح2.

محمد بن سنان عن الإمام علي بن موسى الرضا(ع)، بما يلي: «والعلّة في أنَّ البنية في جميع الحقوق على المدعي واليمين على المدعى عليه ما عدا الدم؛ لأنَّ المدعى عليه جاحد ولا يمكن إقامة البيّنة على الجحود لأنّه مجهول. . .»[1].

وتترتّب على هذه القاعدة قضية الشهادة في القضاء الإسلامي، ولها أحكامها الخاصة كما أشرنا.

ب ـ قاعدة «الإقرار»[2]:

وهي بدورها من القواعد الأساسية في باب القضاء الإسلامي. ولقد ورد في الكتاب الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ﴾[3].

كما ورد في السنّة روايات عديدة حوله، ومنها رواية جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي(ص) أنه قال: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[4].

وقد اشترط الفقهاء[5] توفّر عّناصر أربعة في الإقرار: الأول ـ

---

(1) الحر العاملي: وسائل الشيعة، ح 6.

(2) للمزيد حول قاعدة الإقرار، أنظر: النراقي، الملا أحمد: عوائد الأيام. طبعة حجرية، قم، البجنوردي، حسن: القواعد الفقهية، المصدر نفسه، ج3؛ والشيرزاي، ناصر مكارم: القواعد الفقهية، ج2.

(3) سورة آل عمران: الآية 81.

(4) الحر العاملي: وسائل الشيعة، ج16، ص111.

(5) الحسيني العاملي، جواد: مفتاح الكرامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج9، ص211.

الإخبار، ولذا يقول السيد جواد الحسيني في تعريف الإقرار: «إخبار عن حق سابق لا يقتضي تمليكاً بل يكشف عن سبقه»[1]. الثاني: الحق وهو في مفهوم الفقهاء أعم من المادي والمعنوي والمالي وغير المالي، بأن يكون متعلّق الإقرار حقّاً من الحقوق. الثالث: نفع الغير، بأن يقرّ بالحق على نفع الغير، ولا يقبل الإقرار للنفس، بل على النفس. الرابع: ضرر المُقرّ. ويفيد ذلك أيضاً عبارة: «على أنفسهم».

وورد التعبير عن هذه القاعدة لدى الأحناف بقاعدة: «المرء مؤاخذ بإقراره»[2] وقاعدة: «البيّنة حجّة متعدّية، والإقرار حجّة قاصرة»[3].

جـ ـ قاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به»[4]:

تُعدُّ هذه القاعدة أيضاً من القواعد المهمة في القضاء الإسلامي. وقد وردت على لسان بعض الفقهاء بتعابير أخرى حيث عبّر المحقّق الحلّي عنها بـ «لأنّه يملك التصرّف فيملك الإقرار»[5]، كما عبّر الشهيد الأوّل عنه بقوله: «كل من قدر على إنشاء شيء قدر على الإقرار

---

(1) أنظر: المكي العاملي: القواعد والفوائد، ج1، ص164؛ ابن حزم الأندلسي: المحلّى، دار المعرفة، بيروت، ج8، ص118.

(2) أنظر: حيدر، علي: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، 1411هـ. 1991م، المادة 75.

(3) أنظر: شرح مجلة الأحكام، المادة 78. والزحيلي: القواعد الفقهية، ص 537 ـ 539.

(4) للمزيد حول هذه القاعدة، أنظر: المكي العاملي (الشهيد الأول): القواعد والفوائد، ج2، ص279 وما بعدها. والزركشي، بدر الدين: المنثور في القواعد، مجلدان، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000؛ والأنصاري، مرتضى: رسالة في قاعدة من ملك، تراث الشيخ الأعظم، قم، 1415هـ.

(5) المحقق الحلي، أبو القاسم جعفر: شرائع الإسلام، ط2، استقلال، طهران، ج3، ص698.

به»[1]. كما عبَّر الأحناف والشوافع عن ذلك بقولهم: «من ملك شيئاً ملك ما هو ضروراته»[2]. والمراد بالضرورة هنا، الضرورة العقلية لا الضرورة بمعنى الاضطرار.

د ـ قاعدة «الحاكم وليّ الممتنع»:

هذه القاعدة من القواعد الأساسية في باب القضاء الإسلامي. والتعبير الوارد على لسان قدامى الفقهاء هو «السلطان»[3] بدل الحاكم، كما يعبّر المحقق الحلي في الشرائع[4]، والأنصاري في المكاسب[5]، عن القاعدة بـ«السلطان وليّ الممتنع».

ومن الأدلّة على هذه القاعدة، ما رواه سلمة بن كهيل عن الإمام علي(ع) في باب الدَّين، أنه قال لشريح (القاضي المنصوب من قبله): «أنظر إلى أهل المعك والمطل في دفع حقوق الناس من أهل المقدرة واليسار ممن يدلي بأموال المسلمين إلى الحكام، فخذ للناس بحقوقهم منهم وبع فيها العقار والديار فإني سمعت رسول الله(ص) يقول: «مطل المسلم الموسر ظلم للمسلم. ومن لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه»[6]، وغيرها من الأدلّة.

---

(1) الشهيد الأول، محمد بن مكي العاملي: القواعد والفوائد، ج2، ص279.

(2) أنظر: شرح مجلة الأحكام، المادة 49. والزحيلي: مصدر سابق، ص392.

(3) أنظر: سلسلة الينابيع الفقهية، الدار الإسلامية، بيروت، 1410هـ، 1990م، ج13، ص39 و81، و239، و278.

(4) المحقق الحلي: شرائع الإسلام، ج3، ص12.

(5) الأنصاري: المكاسب، ط1، مؤسسة باقري، قم، ج6، ص217.

(6) الكليني، محمد بن اسحاق: الفروع من الكافي، ج7، ص412.

المطلب الثاني: القانون الخاص الإسلامي وفروعه

ذكرنا في ما سبق أنَّ القانون الخاص في النظام الوضعي هو القواعد التي تنظِّم العلاقات القانونية بين الأشخاص في ما بينهم أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً. ويشتمل على فروع عدة مثل: القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون العمل وغيرها.

وفي النظام الفقهي الإسلامي تقسّم الأبواب الفقهيّة إلى قسمين رئيسين: العبادات والمعاملات، وعليه تشمل العبادات[1] بيان القواعد التي تنظّم علاقات الأشخاص بربِّهم، في حين أنَّ المعاملات تشمل جميع القواعد التي تنظِّم علاقات الأشخاص في ما بينهم، وتدخل فيها مجالات ثلاثة: العقود[2]، الإيقاعات[3]، والأحكام[4].

كذلك تُطلق «المعاملات» في النظام الفقهي الإسلامي على خصوص المعاملات المالية فتشمل الحقوق والالتزامات المالية ومسائل العقود والضمان وما يتفرَّع عنها[5].

---

(1) تتضمن العبادات أبواباً عدة في الفقه الإسلامي، وهي: الطهارة، الصلاة، الصوم، الزكاة، الخمس، الحج، والجهاد. ولكن يمكن فرز هذه الأبواب بأشكال أخرى، كما سبق ذكرنا في هذا الكتاب.

(2) العقود ـ حسب هذا التقسيم ـ تتضمن أبواباً عدّة هي: البيع، الإجارة، المضاربة، الشركة، القرض، الرهن، الهبة، الوديعة، العارية، الضمان، الحوالة والكفالة، الصلح، المزارعة، المساقاة، النكاح، والسبق والرماية.

(3) الإيقاعات ـ حسب هذا التقسيم ـ تعني الأبواب التالية: الطلاق، الظهار، الإيلاء، اللعان، الوصية، الوقف، النذر واليمين والعهد، الجعالة، والشفعة.

(4) الأحكام ـ حسب هذا التقسيم ـ عبارة عن: القضاء، الشهادات، المواريث، الحدود، الديات، القصاص، الأنفال، الأطعمة والأشربة، الصيد والذباحة، واللقطة.

(5) الإطلاق المتّبع في بعض الكتب الفقهية الحديثة نسبياً مثل مجلة الأحكام العدلية العثمانية وشروحاتها.

وعلى عكس الفقه العام، فإنَّ الفقه الخاص الإسلامي تطوَّر وحصل فيه البحث والتحقيق والتمحيص بل الاجتهاد لدى المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة، ومن هنا يتصف بالعمق والغناء والشمولية.

وفي ما يلي نبحث بإيجاز في هذا الفقه ضمن العناوين الثلاثة التالية: فقه المعاملات المالية، فقه الأحوال الشخصية، وفقه العمل والعامل.

الفرع الأول: فقه المعاملات المالية

كما ذكرنا سابقاً فإنّ «المعاملات المالية» في الفقه الإسلامي تشمل دائرة واسعة من الأبحاث والموضوعات الفقهية، وأغلب «العقود» المبحوث عنها هي عقود مالية، ونحن لا نريد البحث عن تفاصيل تلك الأبحاث، بل نركّز على كبريات القضايا المالية، والأُسُس والاعتبارات العامة التي تحكم الفقه الإسلامي في هذا المجال، وعليه سوف نعرض أولاً لتقسيمات الأموال والحقوق المتعلّقة بها. كما نتكلّم بإيجاز عن التصرّف المشروع والقانوني، ومن ثم نعرض بإيجاز لشروط العقد وأركانه ودور الإرادة، وأخيراً نتكلَّم عن بعض القواعد الأساسية للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي.

أولاً: الأموال وتقسيماتها في الفقه الإسلامي:

لقد وضع الفقه الإسلامي تقسيمات عدّة للأموال لاعتبارات مختلفة، الاعتبار الأول هو المُلْكية، إلى ماله مالك معلوم وما ليس له مالك معلوم. وعلى الثاني. تمَّ تقسيم الأموال إلى الأقسام الثلاثة التالية:

أ ـ الأموال المشتركة العامة.

ب ـ المباحات العامة.

جـ ـ أموال مجهول المالك.

المُراد بالأموال المشتركة والعامة تلك الأموال التي ليس لها مالك خاص كالطرق والساحات العامة، ولا يحقّ لأحد التصرّف التام الذي يمنع الآخرين عن التصرّف فيها، وذلك انطلاقاً من السيرة العقلائية والروايات الواردة في هذا المجال[1].

والمُراد بالمباحات تلك الأموال التي ليس لها مالك خاص، ويجوز تملّكها وفق شروط خاصة، كأراضي الموات الأعم من الأصيلة والعارضة.

والمُراد بالأموال التي ليس لها مالك معلوم تلك الأموال كان لها مالك خاص ولم يعرف أعراضه عنها، أو عرف الأعراض من دون معرفة المالك.

الاعتبار الثاني هو تقسيم الأموال إلى الأعيان والمنافع، والاعتبار الثالث تقسيما نظراً إلى وجود ما يماثل المال في الخارج أو عدمه إلى المثلي والقِيمَي[2]. وأما الاعتبار الرابع فهو تقسيمها إلى الأموال المنقولة وغير المنقولة[3]، هذا إضافة إلى تقسيمات أخرى.

---

(1) أنظر: المحقّق الحلي، أبو القاسم جعفر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، كتاب إحياء الموات، ط2، انتشارات الاستقلال، طهران، 1409هـ، ج4، ص791 ومابعدها. والنجفي، محمد حسن: جواهر الكلام، ج38، ص 76 وما بعدها.

(2) أنظر: الخميني، روح الله: تحرير الوسيلة، ج2، كتاب الغصب، المسألة الثانية والعشرون.

(3) أنظر: الأنصاري، مرتضى: المكاسب، القبض وأحكامه، ص 309.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الفقه الإسلامي يميّز بين الدين والعين، وهو التمييز الهام في هذا الفقه. ويبتني على «نظرية الذمّة»، و «الذمة وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام؛ أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات... ولا يقتصر هذا الوصف على ما في الإنسان من الصلاحية للتملّك والكسب، أي على نشاطه الاقتصادي فحسب، بل تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعاً، وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج»[1] وغيرها.

ثانياً: الحقوق المتعلقة بالأموال

يُعتبر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني التمييز الأساسي في الفقه الغربي، وهو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية المشتقّة من القانون الروماني. وبعض القانونيين[2] يرى أنه لا حاجة إطلاقاً للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، بل يجب، على النقيض من ذلك، إبراز أن التمييز بين الدين والعين ـ كما ذكر ـ هو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي.

وصحيح أن فقهاء المسلمين لم يستعملوا لفظ «الحق العيني» ولكن العديد من الفقهاء يعالجون الحقوق العينية الأصلية انطلاقاً من «حق الملك»، وباقي الحقوق متفرّعة عليه. من هنا فإنَّ الحقوق

(1) السنهوري: د. عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ج1، ص20.

(2) المصدر نفسه، ص21.

الثابتة للأشخاص بالنسبة إلى الأموال يمكن تقسيمها في الفقه الإسلامي إلى قسمين أساسيين: الحقوق العينية الأصليّة، والحقوق العينية التبعيّة.

أ ـ الحقوق العينيّة الأصليّة:

تشمل الحقوق العينية حقوقاً أربعة: حق الملك التام، حق المنفعة، حق الرقبة، وحق الارتفاق.

والمقصود بـ«حق الملك التام» هو التصرّف المطلق لجهة العين والمنفعة والاستغلال، بمعنى أن للملك التام حقوقاً ثلاثة: الانتفاع بالعين المملوكة، الانتفاع بنتاج العين وهو الاستغلال (الاستثمار)، وأخيراً التصرّف في العين كالبيع والرهن والوقف وغيرها.

والمراد بـ«حق المنفعة» هو الاستعمال والاستغلال (الاستثمار). وأسباب هذا الحق ثلاثة: العقد، والوصية والوقف.

والمقصود بـ «حق الرقبة» الحق الباقي في الملك التام بعد انتزاع حق المنفعة، حيث إنه لصاحبه الأصلي.

والمراد بـ «حق الارتفاق» هو الحق الحاصل لكل طرف نتيجة الاشتراك في منافع عينيّة، وتُسمّى بالحقوق المجرّدة مثل حق الشرب، والمجرى، والمرور، والتعلّي، والجوار وغيرها.

ب ـ الحقوق العينيّة الفرعيّة:

تشمل الحقوق العينية الفرعية في الفقه الإسلامي حقّين هما: حق

الرهن وحقّ الحبس. والمُراد بحق الرهن هو الحق المتعلّق بالعقار وبالمنقول نتيجة عقد الرهن. كما أن المُراد بحق الحبس هو الحق الثابت للمالك (مالك المبيع) تجاه المشتري لعدم دفعه الثمن، أو الحق الثابت للمستأجر في بعض الحالات وغيره من موارد[1].

ثالثاً: مصادر الحقوق المالية في الفقه الإسلامي

أ ـ مصادر الحقوق الشخصيّة:

تتلخّص الأسباب التي تؤدّي إلى اكتساب الحقوق الشخصيّة في الفقه الإسلامي إلى الموجبات الخمسة التالية:

الأول: العقد

لقد عرَّف المحقّق الحلّي «العقد» بقوله: «هو اللفظ الدال على نقل الملك»[2]، كما عرَّفه صاحب «مرشد الحيران» في المادة 262 بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين على وجه يظهر أثره في المعقود عليه[3]. وكما يذكر السنهوري فإنَّ فقهاء المسلمين لم يضعوا نظرية عامة للعقد، وإنما تناولوا العقود المسمَّاة، وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه[4].

---

(1) أنظر: الكتب الفقهية في الأبواب المشار إليها.

(2) المحقّق الحلّي: شرائع الإسلام، ص13.

(3) ورد في: السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص41.

(4) أنظر حول تفاصيل أركان وأحكام العقد: النجفي، محمد حسن: جواهر الكلام، ج22، ص29 و210. والسنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لا تاريخ، ص63 وما بعدها. وأبو زهرة، محمد: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، لا تاريخ، ص190.

الثاني: الإرادة المنفردة (الإيقاع):

ومن المصاديق البارزة للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي هو العهد، والوعد، والنذر، والوصية والإبراء والوقف.

وإذا كان الفقهاء قد اشترطوا القبول في الوصية إلاّ أنّه شرط غير واقعي، ولذلك يقول صاحب الجواهر: «الإنصاف أنه لولا دعوى الإجماع على (اشتراط القبول) لكان (عدم الاشتراط) لا يخلو من قوة، ضرورة ظهور أدلّة الوصيّة في ملك المُوصَي به بمجرَّد الموت»[1]. ومن هنا قال الخوئي: «يكفي في تحقّق الوصية كل ما دلّ عليها من لفظ صريح أو غير صريح أو فعل... بل يكفي وجود مكتوب بخطه أو بإمضائه بحيث يظهر منه إرادة العمل به بعد موته»[2].

كما أنَّ الصحيح في الوقف أنه يتحقّق بإرادة منفردة، ويعتبر من الإيقاعات، كما هو صريح المحقّق الحلّي في الوقف للجهات العامّة[3]، ورأي الشهيد الأول في عدم اشتراط القبول في الوقف بشكل مطلق[4].

الثالث: الجناية (العمل غير المشروع):

والمقصود بالعمل غير المشروع الأعمال والجنايات التي تؤدّي إلى ثبوت الحدّ أو القصاص أو الديّة أو التعزير على الجاني. ويدخل في ذلك ضمان الفعل كونه مسؤولية تقصيرية في خصوص المال، من دون ضمان العقد حيث إنه ليس مسؤولية تقصيرية بل عقدية.

---

(1) النجفي: جواهر الكلام، ج28، ص246.
(2) الخوئي، أبو القاسم: منهاج الصالحين، ج2، ص208.
(3) المحقّق الحلّي: شرائع الإسلام، ج2، ص217.
(4) العاملي، محمد بن مكي: الروضة البهية، ج3، ص165.

الرابع: الكسب من غير موجب (الإثراء بلا سبب):

لو افترضنا أنّ أحد الشريكين عمّر الملك المشترك من دون إذن شريكه، فهو متبرّع في عمله ولا يرجع إلى شريكه بما صرفه على العمارة. غير أنه إذا كان مضطراً للإنفاق فلا يُعدُّ متبرّعاً، وهنا يدخل في الكسب بلا سبب، وله الرجوع إلى الآخر والمطالبة بما أنفق. ولا يدخل في الإثراء بلا سبب عمل الفضولي كونه متبرعاً أيضاً.

الخامس: الشرع الإسلامي:

يدخل في الالتزامات ما يكون مصدرها الشرع الإسلامي، كما هو الحال في وجوب دفع النفقة لواجب النفقة، والتزامات الوليّ والوصيّ والقيِّم التي ترجع جميعاً إلى الشرع الإسلامي وإلزاماته.

ب ـ مصادر الحقوق العينيّة[1]:

تتلخّص مصادر الحقوق العينيّة في الفقه الإسلامي في الأسباب التالية:

ـ أسباب المُلك التام وهي خمسة:

1 ـ العقد في مثل البيع والهبة.

2 ـ الإيقاع (الإرادة المنفردة) في الوصيّة.

3 ـ الميراث.

4 ـ الحيازة والاستيلاء.

5 ـ الشفعة.

---

(1) أنظر حول تفصيل الحقوق العيّنية: الأنصاري، مرتضى: المكاسب، البيع، ص 94 ـ 98، والخوئي، أبو القاسم: مصباح الفقاهة، ج3، ص19 وما بعدها.

ـ أسباب الحقوق المجرّدة (حقوق الإرتفاق)، وهي عبارة عن الإذن والعقد والوصيّة والأسبقيّة (القِدَم)، وشراء العلوّ في حق التعلّي والمجاورة في حق الجوار.

ـ أسباب الرهن والحبس (الحقوق العينية التبعية): ومصدر الرهن هو العقد، وأما مصدر الحبس فهو العقد والشرع معاً.

رابعاً: العقد شروطه وأركانه

سبق أن عرَّفنا العقد بأنه «اللفظ الدالّ على نقل المُلك»[1]، أو هو «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين على وجه يظهر أثره في المعقود عليه»[2]. ويستنتج الأنصاري من النصوص والاجتهادات الموجودة فيها، قائلاً: «والذي يظهر من النصوص المتفرّقة في أبواب العقود اللازمة والفتاوى المتعرِّضة لصيغتها في البيع بقول مطلق، وفي بعض أنواعه، وفي غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفيّ معتدّ به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله بعت وملَّكت، وبين قوله نقلت إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا»[3].

وقد استخلص السنهوري من تعريف العقد في الفقه الإسلامي أموراً ثلاثة، هي[4]:

أولاً: العقد يدخل في عموم التصرّف القانوني، والمراد بالتصرّف

---

(1) المحقّق الحلّي: شرائع الإسلام، ج2، ص13.

(2) مرشد الحيران، المادة 262.

(3) الأنصاري، مرتضى: المكاسب، البيع، ص94.

(4) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 73 ـ 77.

القانوني هو تلك الإرادة المحضة التي تتّجه إلى إحداث أثر قانوني معيَّن يرتّبه القانون أو الشرع، وذلك مثل البيع والوصيّة.

ثانياً: العقد يتكوّن من إرادتين متطابقتين، وليس إرادة منفردة.

ثالثاً: التعريف المعتمد في الفقه الإسلامي ينمّ عن النزعة الموضوعية التي تسود هذا الفقه.

وللعقد في الفقه الإسلامي تقسيمات عدّة حيث «إنَّ العقود تنقسم ـ باعتبار المنشأ ـ إلى إذنيّة وعهدية.

والمُراد بالإذنيّة ما يتوقّف على الإذن حدوثاً وبقاء، بحيث يرتفع بارتفاع الإذن ولو لم يعلم المأذون، كالوكالة الإذنية والأمانة ونحوهما، وفي إدراجها في العقود مسامحة، لأنَّ العقد عبارة عن العهد المؤكِّد ولا عهد في العقود الإذنية، لأنّ قوامها إنما هو بالإذن فقط.

والمُراد بالعقود العهدية هي ما تشتمل على العهد والالتزام، وهي تنقسم إلى تعليقية وتنجيزية، والمراد بالتعليقية ما كان المنشأ معلّقاً على أمر كالجعالة ـ بناء على كونها من العقود لا من الإيقاعات ـ وكذا المسابقة والمراماة والوصية. والمراد بالتنجيزية ما لم تكن كذلك. وكلّ واحدة منهما تنقسم إلى ما يتعلّق بالأعيان وإلى ما يتعلُّق بالمنافع، وكلّ واحدة منهما إمّا معوّضة أو غير معوّضة، فالمعوّضة المتعلّقة بالأعيان مثل البيع والصلح، وغير المعوّضة المتعلّقة بها كالهبة.

وأما العقود التمليكية المعوّضة المتعلّقة بالمنافع كالإجارة، فإنّها من العقود المعاوضيّة وإن كانت من جهة أُخرى تُعدُّ في باب العقود

بالأمانيّة. وأمّا غير المعـوّضة المتعلّقـة بالمنـافـع فكالعاريـــة»[1].

وللعقد في الفقه الإسلامي شروط[2] وأركان، وأهم أركان العقد في الفقه الإسلامي هي:

التراضي، وتطابق الإرادتين في مجلس العقد، والمحل.

والمقصود بالتراضي هو الإرادة من طرفي العقد في تحقيقه، والتعبير عن الإرادة تارةً باللفظ، وهو ما يعبَّر عنه بـ«صيغة العقد اللفظية»، وأخرى بالكتابة، وثالثة بالإشارة ورابعة بالتعاطي. التعبير عن الإرادة بالصيغة اللفظية هو المتّفق عليه عند جميع المذاهب الفقهية الإسلامية. وأمّا التعبير عن الإرادة بالكتابة فهو غير كافٍ لدى الأحناف[3]، وكاف في مذهب مالك[4]، وفصَّل الشوافع في ذلك[5]، وكاف عند بعض فقهاء الإمامية[6]. كما أن الإشارة بالنسبة إلى الأخرس تغني عن الصيغة اللفظية عند أغلب المذاهب الإسلامية. وأمّا التعبير عن الإرادة بالمعاطاة فهو

---

(1) النائيني، الميرزا محمد حسين: تقريرات المكاسب، ج1، ص 81 ـ 83، نقلاً عن: المصطفوي، محمد كاظم: فقه المعاملات، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1423هـ، ص 12 ـ 13.

(2) تنقسم شروط العقد في البيع، مثلاً، إلى ثلاث طوائف: شروط أصل العقد، وهي: الموالاة والتنجيز والتطابق، والترتيب. وشروط المتعاقدين، وهي: البلوغ والعقل، والاختيار، والقصد والإجازة والتصرّف. وشروط العوضين، وهي: العينية، التموّل، التعيين، الملك التام، والقدرة على التسليم. راجع: المصطفوي، محمد كاظم: فقه المعاملات، ص 17 ـ 47.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ص138.

(4) الدردير: الشرح الكبير، نقلاً عن: السنهوري: ص104.

(5) الشيرازي، أبي إسحاق: المهذَّب، ج1، ص257.

(6) الخوئي، أبو القاسم: مصباح الفقاهة، ج3، ص19.

الصحيح لدى الأحناف[1]، وفي مذهب مالك[2]، وأحمد بن حنبل[3]، ولدى أغلب الإمامية[4]. وأمّا الشوافع فلم يجيزوا المعاطاة لأنّهم يمعنون في الأخذ باللفظية في العقد[5].

وأما المقصود بتطابق الإرادتين في مجلس العقد، فهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد عند أغلب المذاهب الإسلامية، وهذه هي نظرية مجلس العقد. والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصحّ أن تفصل القبول عن الإيجاب، حتى يتمكّن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبّر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه[6]. يشترط اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول لدى الأحناف والشوافع[7]، ومالك[8]، وابن حنبل[9]. وأما الإمامية فاشترطوا الموالاة في صحة العقد من دون ربطها بالمجلس، ولذا قال الأنصاري: «العقد المركَّب من الإيجاب والقبول القائم بنفس

---

(1) أنظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص134؛ وابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص16.

(2) أنظر: الدردير: الشرح الكبير، ج3، ص3؛ والدردير: الشرح الصغير، ج2، ص3.

(3) أنظر: ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، ج4، ص4.

(4) أنظر: الأنصاري: المكاسب، البيع، ص 83. والنائيني، الميرزا حسين: تقريرات المكاسب، ج1، ص222؛ والخوئي، أبو القاسم: مصباح الفقاهة، ج2، ص93 و95. وهذا بخلاف ما هو المنقول عن الإمامية في: السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ص121.

(5) أنظر: الشيرازي: المهذّب، ج1، ص257؛ والسنهوري: ، ص121.

(6) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ص6.

(7) المصدر نفسه، ص7، نقلاً عن: بدائع الصنائع، ج5، ص136. وفتح القدير، ج5، ص78 و82.

(8) المصدر نفسه، ص9، نقلاً عن الحطاب، ج4، ص240.

(9) المصدر نفسه، ص9، نقلاً عن الشرح الكبير، ج4، ص4.

المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بالهيئة الاتصالية»[1]. وبعكس الحنفية[2] والمالكية[3]، فإن الإمامية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6] يقولون بـ«خيار المجلس».

وأما المراد من «المحل» فهو الشيء الذي يلتزم به الشخص في العقد. ويُشترط في الفقه الوضعي في محل الالتزام التعاقدي شروطاً ثلاثة[7]:

أولاً: أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل.

ثانياً: أن يكون معيّناً أو قابلاً للتعيين.

ثالثاً: أن يكون صالحاً للتعامل فيه.

وأما في الفقه الإسلامي فيشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد، وإلا يقع العقد باطلاً. فيشترط عند فقهاء الإمامية بخصوص العوضين في البيع أن يكون عيناً، متموّلاً، ومعيَّناً، ومقدوراً على التسليم، ومملوكاً ملكاً تاماً[8].

---

(1) الأنصاري، مرتضى: المكاسب، البيع، ص98.
(2) الشيرازي: المهذّب، ج1، ص 257 ـ 258.
(3) سحنون: المدونة الكبرى، ج10، ص 20.
(4) العلامة الحلي: تذكرة الفقهاء، ج11، ص12. والأنصاري: المكاسب، ص216.
(5) السنهوري: مصدر سابق، ج2، ص20.
(6) ابن قدامة: المغني، ج4، ص6 وما بعدها.
(7) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، ص6.
(8) الأنصاري، مرتضى: المكاسب، ص79 و161 و185.

خامساً: قواعد أساسية في باب المعاملات المالية:

لقد أرسى الفقه الإسلامي مجموعة من القواعد الخاصة بالمعاملات المالية، وفي ما يلي عرض موجز لأهم تلك القواعد:

أ ـ قاعدة اليد:

تعدُّ قاعدة اليد أو الاستيلاء من القواعد المهمّة في باب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، «والمراد بها السلطنة العرفية والاستيلاء على الشيء المختلفة بحسب الموارد»[1]. والتعبير الشائع للقاعدة هو «من استولى على شيء فهو أولى به» القريب من مضمون الحديث الوارد بهذا الخصوص[2].

وتجري هذه القاعدة في المعاملات المالية مثل: حق الاختصاص، حق الانتفاع، حق الاستيثاق، حق التحجير، حق التولية، حق الرهانة، وغيرها[3]. ولقد أنكر بعض الفقهاء[4] إجراء القاعدة في مجال الاستثمارات والمنافع وحصرها في باب الأعيان، كما أن أغلب الفقهاء عدّها من الأمارات. والدليل على القاعدة مضافاً إلى سيرة المتشرعة، وبناء العقلاء، والإجماع والسنّة، ومنها رواية «حفص بن غياث» عن أبي عبد الله (ع)، قال: قال له رجل إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي

---

(1) اليزدي، محمد كاظم: العروة الوثقى، طبعة قم، لا تاريخ. ، ج3، ص 118.

(2) وهو رواية يونس بن يعقوب عن الإمام الصادق (ع) حيث ورد فيها: «من استولى على شيء منه فهو له». أنظر: الحر العاملي: وسائل الشيعة، ج18، الباب 8، من أبواب الميراث، ص214.

(3) أنظر: اليزدي: العروة الوثقى، ج3، ص122.

(4) أنظر: النراقي، أحمد: مستند الشيعة، طبعة طهران، ج2، ص578.

أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعلّه لغيره. فقال أبو عبد الله: أفيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله: فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير مُلكاً لك ثم تقول بعد المُلك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله: لو لم يُجز هذا لم يقم للمسلمين سوق»[1].

ب ـ قاعدة ضمان اليد:

إن هذه القاعدة أيضاً من القواعد الأساسية في باب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، وأساسها الحديث الشريف عن النبي(ص): «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[2]، مضافاً إلى السيرة الإسلامية العامة وبناء العقلاء. وقد اختلفت المذاهب الإسلامية في أنَّ القاعدة تجري في الأعمّ من الأعيان والمنافع أو تنحصر في الأعيان. ويرى الأحناف ومالك وبعض فقهاء الإمامية أنها أعمّ[3]، في حين أن الشوافع وابن حنبل وفقهاء إمامية آخرين خصّصوا القاعدة فـي الأعيان دون المنافع[4].

وقد ورد التعبير عنها لدى الأحناف بقاعدة: «المباشر ضامن وإن لم يتعمّد»[5]. فإنه يضمن حينئذٍ، وإن لم يتعمَّد الإتلاف؛ لأنَّ الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإتلاف، ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعدما كان متعدّياً،

---

(1) الحر العاملي: وسائل الشيعة، ج8، كتاب القضاء، باب 25، حديث 3، ص214.

(2) المتقي الهندي: كنز العمال، ج5، ص327، حديث رقم 5713.

(3) أنظر: العلامة الحلي: تذكرة الفقهاء، ج2، ص381.

(4) المصدر نفسه، ص371.

(5) علي، حيدر: شرح مجلة الأحكام، المادة 92.

ولأنَّ المباشرة علّة صالحة وسبب مستقل للإتلاف، فلا يصلح عدم التعمّد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم وهو الضمان عن المباشر المتعدّي[1].

جـ ـ قاعدة الإتلاف:

من القواعد المهمّة في باب المعاملات المالية هي قاعدة الإتلاف، والتعبير الشائع عن القاعدة هو قولهم: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»[2]. والفرق بين هذه القاعدة وقاعدة الضمان هو أن القاعدة الأولى غير معنية بالضمان المقصود في القاعدة الثانية، بمعنى أن النسبة بين القاعدتين هي نسبة العموم والخصوص من وجه، فهناك موارد تجري فيها قاعدة اليد ويثبت الضمان، وهناك موارد تجري فيها قاعدة الإتلاف ويثبت الضمان، وهناك صورة ثالثة تجري فيها القاعدتان معاً لإثبات الضمان. والمستند لهذه القاعدة مضافاً إلى السنّة، وبناء العقلاء، والإجماع، هو قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[3] حيث تمسّك بّها الطوسي لإثبات القاعدة[4].

هـ ـ قاعدة لا ضرر:

تعدّ هذه القاعدة من أشهر القواعد الفقهيّة، وأكثرها رواجاً واستخداماً في أبواب مختلفة من العبادات والمعاملات.

---

(1) الزحيلي، د. محمد: القواعد الفقهية، ص519.

(2) هذه الفقرة تلقّاها الفقهاء بمثابة الحديث الصادر عن المعصوم، أنظر: النجفي، محمد حسن: جواهر الكلام، ج37، ص60.

(3) سورة البقرة: الآية 194.

(4) أنظر: الطوسي، أبو جعفر محمد بن الحسن: المبسوط، طبعة طهران، ج3، ص60.

وهي من القواعد المسلَّم بها بين جميع المذاهب الفقهية الإسلامية، ومستندها مضافاً إلى الآيات العديدة [1] وأنّها من المستقلات العقلية[2]، هو السنّة الشريفة المنقول مفادها عن طريق الفريقين[3] والتعبير الشائع عنها: «لا ضرر ولا ضرار»، بإضافة قيد «في الإسلام» و «على مؤمن» في بعض الروايات.

قال السيوطي: «اعلم أنَّ هذه القاعدة يُبنى عليها كثير من أبواب الفقه... ويتعلّق بها قواعد[4]. وقد تناول هذه القاعدة العديد من فقهاء الإمامية في رسائل مستقلّة أو ضمن كتبهم الفقهية، أو أصولية[5].

واستغراق النفي الواردة في الحديث يفيد تحريم أنواع الضرر، وكما

(1) سورة البقرة: الآيتان 233 و231، وسورة النساء: الآية 12، وسورة البقرة: الآية 284.

(2) حيث رأى العديد من فقهاء الإمامية أنَّ مفاد القاعدة من المستقلات العقلية التي يستنبطها العقل مباشرة.

(3) ورد في: الكليني، محمد بن يعقوب: الكافي، ج5، ص294؛ والقزويني: سنن ابن ماجة، طبعة الحلبي، القاهرة، 1952، ج2، ص 784؛ والشيباني، أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد، ط القاهرة، 1313هـ. ج1، ص312؛ الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين في الحديث، طبعة حيدر آباد الدكن، الهند، الهند، 1335هـ، ج2، ص 58؛ والبيهقي: السنن الكبرى، ج6، ص70 و156.

(4) السيوطي، عبد الرحمن: الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، ط. مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1959م، ص 92.

(5) حيث بحث عنها التراقي في «عوائد الأيام»، ومهدي النراقي في «مشارق الأحكام»، ومير فتاح التبريزي في «العناوين»، والأنصاري في «رسالة لا ضرر من المكاسب» وفي «الرسائل»، والآخوند الخراساني في «الكفاية»، والنائيني في تقريراته باسم «منية الطالب»، والإمام الخميني في «الرسائل»، والبجنوردي في «القواعد الفقهية»، والسيستاني في «رسالة لا ضرر»، والمكارم الشيرازي في «القواعد الفقهية»، والمصطفوي في «مائة قاعدة فقهية»، والإيرواني في «القوائد الفقهية» وغيرهم.

يذكر الأنصاري[1] فإن «لا النافية» ليست لنفي الجنس حقيقة لوجود الضرر في الخارج، فلا بد من أن يكون المراد من «لا ضرر في الإسلام» أنه «لا حكم ضرري في الإسلام». ولكن هذه القاعدة مقيّدة إجماعاً بغير ما ثبت بالشرع، كالقصاص، والحدود معاقبة المجرمين، وسائر العقوبات والتعزيرات، وإن ترتب على إجرائها ضرر بهم، لأنَّ فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعمّ وأعظم، ولأنَّ درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح، ولأنّها لم تشرَّع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضاً[2].

وقد اعتبر الفقهاء حكومة قاعدة لا ضرر على جميع الأحكام الشرعية الأوّلية التي يترتّب عليها ضرر[3]، كما اعتبروا أن هذه القاعدة مقدّمة على قاعدة: «الناس مسلّطون على أموالهم».

الفرع الثاني: فقه الأحوال الشخصية

يشتمل فقه الأحوال الشخصية على بيان القواعد التي تنظّم العلاقات الشخصية بين أفراد المجتمع، ويتضمّن أبواباً فقهية عدّة مثل النكاح والطلاق، والوصيّة، والميراث. وفي ما يلي عرض موجز لهذه الأبواب:

أولاً: أحكام الأسرة: الزواج والطلاق

لقد هذَّبت الشريعة الإسلامية العديد من العادات والأعراف الجاهلية المتعلّقة بالأسرة، فألغت بعضاً منها، وحافظت على بعضٍ آخر. وممّا

---

(1) الأنصاري، مرتضى: فرائد الأصول (الرسائل)، طبعة طهران، ص172.

(2) الزحيلي، د. محمد: القواعد الفقهية، ص 187 ـ 188.

(3) الإمام الخميني: الرسائل، طبعة قم، 1385هـ، ج1، ص63.

طاله التعديل والتهذيب مسائل تخصّ الزواج وأهمها: العقد وأحكامه، اشتراط موافقة المرأة على الزواج، تحويل المهر من كونه ثمناً إلى جعله هدية (صَدَاقاً)، كما في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾[1]. وإبطال نكاح الشغار[2]. واشتراط الدين والخلق فحسب، دون المساواة في الحسب والنسب والمهنة وغيرها[3]، وذلك من خلال قول الرسول(ص): «إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه»[4]. وحرّم الإسلام الزواج بين المسلمين والمشركين، في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ﴾[5]. وفي المقابل أباح القرآن زواج المسلم من امرأة كتابية، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ﴾[6]

وأما في موضوع الولاية فقد اختلفت المذاهب الإسلامية في ما بينها على مذاهب أربعة:

المذهب الأول: هو مذهب الإمامية[7]، ومذهب أبي حنيفة وتلميذه

---

(1) سورة النساء: الآية 4.

(2) وهو جعل نكاح امرأة مهراً لأخرى، أنظر: العلامة الحلّي، يوسف بن المطهر: تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت 1404هـ، 1984م. ص 178.

(3) هذا لدى الإمامية، وأما المذاهب الأربعة فتشترط الكفاءة في الحسب والنسب والمهنة وغيرها مع الاختلاف بينها في التفاصيل. أنظر: الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة.

(4) المتقي الهندي: كنز العمال، ج 16، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ت.، ص317.

(5) سورة البقرة: الآية 221.

(6) سورة المائدة: الآية 5.

(7) العلامة الحلي: تبصرة المتعلمين، ص173.

القاضي أبي يوسف[1]، وابن رشد الحفيد[2] وغيرهم أن الولاية على المرأة تسقط متى أدركت سن الرشد والبلوغ.

المذهب الثاني: هو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية[3]. ولا يجيز هؤلاء للمرأة أن تتزوج من دون موافقة وليّها بكراً كانت أم ثيباً، وإلا فزواجها باطل.

المذهب الثالث: هو مذهب محمد تلميذ أبي حنيفة، فقد علّق صحّة زواج المرأة على كفاءة الرجل سلباً وإيجاباً[4].

المذهب الرابع: وهو مذهب داوود الظاهري الذي ميّز بين الثيّب والبكر فاشترط زواج الثانية بإجازة الوليّ دون الأولى[5].

وقد حرَّم الإسلام في الزواج من النسب: الأم وإن علت، والبنت وإن سفلت، والأخت وبناتها وإن نزلن، والعمّة والخالة وإن علتا، وبنات الأخ وإن نزلن[6]، وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾[7]. كما حرَّم الإسلام في الزواج من السبب موارده، منها: ما يحرم بالمصاهرة، في مثل قوله تعالى﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا

---

(1) ابن رشد الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ج2، ص3.

(2) الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة.

(3) الجزيري المصدر نفسه، وفوزي، إبراهيم: تدوين السنّة، دار رياض الريّس، لندن، 1994، ص 330 ـ 331.

(4) فوزي إبراهيم، المصدر نفسه، ص331.

(5) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(6) العلامة الحلي، مصدر سابق، ص173.

(7) سورة النساء: الآية 23.

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[1]. ويقول الطبري في تفسيره: «إنَّ أهل الجاهلية كانوا يحرمون ما يحرم، إلا امرأة الأب والجمع بين الأختين»[2].

ويختلف مذهب الإمامية مع المذاهب الأربعة في الجمع بين المحارم حيث يقتصر هذا المذهب في التحريم على ما ورد في القرآن الكريم، أي الجمع بين الأختين، وأمّا الجمع بين العمة وبنت أختها أو بنت أخيها أو الخالة وبنت أختها فيشترط إذن العمّة والخالة[3]، في حين أن المذاهب الأربعة تحرّم الجمع في الزواج في تلك الموارد سواء كان الجمع بإذن العمة أو الخالة أم من دون إذنهما[4]. وكذلك حرَّم الإسلام الزواج من زوجة الأب، ويقول الطبري في تفسيره: «كان أهل الجاهلية إذا توفي الرجل كان ابنه أحق بامرأته أن ينكحها إن لم تكن أمة، أو ينكحها من يشاء ويأخذ مهرها. فلمّا مات قيس بن الأسلت ورَّثه ابنه (محصن) نكاح امرأته. فأتت رسول الله وشكت إليه ذلك، فنزلت الآية: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾[5] وكانوا يسمونه «نكاح المقت» أو «الضيزن» لكراهية الناس لهذا الزواج[6].

---

(1) سورة النساء: الآية 23.

(2) الطبري، ابن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر بيروت، 1415هـ، ج4، ص 420.

(3) العلامة الحلي: تبصرة المتعلمين، ص274.

(4) الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة.

(5) سورة النساء: الآية 22.

(6) للمزيد أنظر: علي، د. جواد: تاريخ العرب قبل الإسلام.

ومن موارد التحريم بالسبب الرضاع[1]، قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[2]، واللعان، والكفر[3]. وتناول الفقهاء في باب النكاح المسائل المتّصلة بالقسم والنشوز وأحكام الأولاد والنفقات وغيرها[4].

وأمّا الطلاق أو الفراق فهو يعدّ من الإيقاعات(الإرادة المنفردة) في الفقه الإسلامي، وله أقسام وأحكام وشروط ومسائل[5].

أما أقسام الطلاق فاثنان:

الطلاق البائن: وهو ما لا يجوز للزوج الرجوع فيه إلى المطلّقة وله مصاديق عدّة، منها: طلاق الصغير، وطلاق اليائسة، الطلاق قبل الدخول، طلاق الخلع والمباراة، طلاق الحاكم الشرعي(الطلاق القضائي).

الطلاق الرجعي: على عكس الأوّل، هو ما يحقّ للزوج الرجوع فيه في العدة.

وأما شروط الطلاق فأهمّها: الشروط العامة (البلوغ، العقل، الاختيار)، والقصد، وتعيين المطلّقة، طهارة الزوجة من الحيض

---

(1) العلامة الحلي: مصدر سابق، ص176.

(2) سورة النساء: الآية 23.

(3) العلاّمة الحلّي، ص177.

(4) للمزيد حول الموضوع، أنظر: النجفي، محمد حسن: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار الكتب الإسلامية، طهران، ط3، 1362هـ.ش.، ج21، ص 109 وما بعدها، والجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة.

(5) النجفي: جواهر الكلام، المكتبة الإسلامية، قم، ط 6، د.ت.، ج33، ص60 وما بعدها، والجزيري: المصدر نفسه.

والنفاس، أن يكون في الزواج الدائم، وإشهاد رجلين عادلين لدى الإمامية.

وأمّا أحكام ومسائل الطلاق فهي كثيرة، وقد غيّر الشرع الإسلامي الكثير من العادات الجاهلية في هذه المسائل وهذّب بعضها، فمثلاً منع ممارسة الضغط من قبل ذوي المرأة عليها وتركها حرّة في اختيار زوجها والرجوع إلى الزوج الأوّل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1]، كما منع الطلاق أكثر من مرتين وجعل الطلاق الثالث غير رجعي، بقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[2]، كذلك وضع التشريع الإسلامي التحكيم العائلي في قضايا الأسرة والخلاف بين الزوجين: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾[3].

هذا إضافة إلى أحكام ومسائل أخرى.

ثانياً: الوصايا:

تنقسم الوصايا إلى قسمين رئيسين: الوصايا الواجبة، وهي بالنسبة إلى من كان عليه واجب، والوصايا المستحبة استحباباً مؤكّداً، وذلك في غير موارد الوجوب. وقد حضَّ القرآن الكريم على ذلك بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[4]. ولقد اشترط مذهب الإمامية في الوصيّة أن

---

(1) سورة البقرة: الآية 232.

(2) سورة البقرة: الآية 229.

(3) سورة النساء: الآية 35.

(4) سورة البقرة: الآية 180.

تكون سائغاً، كما اشترط صحّة تصرّف الموصي، ووجود الموصَى له، والتكليف والإسلام في الوصيّ والمُلك في الموصى به[1]، في حين أن «الشافعي» فسّر كلمة «الأقربين» في الآية بـ«من اجتمع مع النسب سواء قرُب أم بَعُد، مسلماً كان أم كافراً، ذكراً كان أم أنثى، وارثاً أم غير وارث»[2].

وذهب «ابن حنبل» المذهب نفسه بعدما أخرج الكافر من الورثة[3]. وفسَّر «مالك» الأقربين بالعصبة، سواء أكانوا وارثين أم غير وارثين[4].

وللوصيّة شروط أخرى أيضاً مثل أن تكون بمقدار ثلث المال وأن لا تمضى الوصية من دون إجازة الورثة وغيرها من الشروط.

ثالثاً: المواريث:

لقد أقام الفقه الإسلامي المواريث على أساس موجبات، وفروض. وعليه، فإنَّ الإرث تارةً بالفرض وأخرى بالقرابة. كما أنَّ هناك أحكاماً راجعة إلى العول والتعصيب، وغيرها من الأحكام.

وأرسى القرآن الكريم في باب المواريث قاعدتين أساسيّتين وترك تفاصيلهما إلى السنّة، وهما:

القاعدة الأولى: تحديد ميراث الذكر والأنثى، عندما يكونان في درجة واحدة من القرابة إلى الميت على أساس قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ

---

(1) العلامة الحلي: تبصرة المتعلمين، ص166.

(2) الشوكاني، محمد بن علي: نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، د.ت.، ج6، ص42 وما بعدها.

(3) المصدر نفسه، ص42 وما بعدها.

(4) المصدر نفسه، ص42 وما بعدها.

﴿فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾[1]، وكما في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۗ﴾[2].

القاعدة الثانية: تحديد مبدأ القرابة ـ الأقرب فالأقرب ـ أساساً للإرث، كما في قوله تعالى: ﴿وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ۗ﴾[3] وعليه فإن القريب يحجب البعيد عن الميراث، كما في قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ﴾[4].

ونتيجة الاختلاف في الروايات، والاجتهاد في فهمها، اختلفت المذاهب الإسلامية بخصوص تفاصيل مسائل الميراث. فمثلاً، لو فرض أن الوارث زوج وأخت للأب وأختان للأم، فإنَّ المورد من موارد «العول»، وذهبت المذاهب الأربعة بورود النقص على جميع ذوي الفروض على نسبة فرضه كما يرد النقص على الدّيان بنسبة دينهم، في حين أنَّ الإمامية قالوا باستحالة العول وأن النقص يدخل على بعض منهم دون بعض. ففي المثال يدخل النقص على الأخت من الأبوين.

ولو فرض أن الوارث بنت واحدة لا غير، فإن المذاهب الأربعة تذهب إلى إعطاء الزائد للعصبة وهم الذكور من أقارب الميِّت ممن ينتسب إليه، من دون واسطة كالأخ أو بواسطة ذكر كالعم وابنه وابن الأخ، في حين أن الإمامية حكموا ببطلان التعصيب ولزوم رد النصف الثاني إلى البنت نفسها. وهكذا.

---

(1) سورة النساء: الآية 11.

(2) سورة النساء: الآية 176.

(3) سورة الأنفال: الآية 176.

(4) سورة النساء: الآية 176.

الفرع الثالث: فقه العمل والعامل

تمهيد

يتضمّن قانون العمل ـ في الأنظمة الوضعيّة ـ بيان القواعد التي تنظِّم العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص الحقيقية والحقوقية جرّاء قيام أحد الطرفين (الأجير) بالعمل لحساب الطرف الآخر لقاء أجر يتقاضاه منه. وهذا الفرع من القانون حديث النشأة نسبياً حيث كان يتمّ بحثه ضمن القانون المدني، وتفرّع منه لجهة الخصوصيّة والأهميّة.

يتولّى قانون العمل بيان موضوعات ذات علاقة بالعمل والعامل من قبيل: العقود التي تنشأ بين الأفراد والمؤسسات وبالعكس، وتنظيم علاقات العمل. الضوابط التي ينبغي أن تحكم تنظيم العمل لجهة تحديد سقفه كحد أقصى وأدنى، والأجور، والإجازات، وشروط الاستخدام، وعمل الأطفال والنساء.

كما يتضمّن قانون الضمان الاجتماعي ـ في الأنظمة الوضعية ـ بيان القواعد الخاصة بحماية العامل ضد إصابات العمل والبطالة والمرض والشيخوخة وغيرها.

والرأي السائد هو أن قانون العمل فرع من القانون العام نظراً لتدخّل الدولة في العلاقات الناجمة عنه[1]. غير أننا نبحث عنه في القانون الخاص نظراً إلى أن القواعد الفقهية المتّصلة بالعمل والعامل تتوفّر في الفقه الخاص أكثر منه في الفقه العام.

(1) د. كيرة، حسن: المدخل إلى القانون، ص83.

أولاً: العمل وأهميته في المنظور الإسلامي

لقد اعتنى الإسلام بالعمل عناية خاصة، وربط الجزاء في الدنيا والآخرة به[1]، وحوَّله إلى تكليف ومسؤولية إيمانية[2]، وسخَّر كل الأساليب البيانية والتربويّة لجعل «العمل الصالح»[3] محوراً لحياة الإنسان وهدفه الأعلى، ودعا إلى الاستقامة في العمل[4] والإخلاص والتوسط فيه[5]، كما حدّد ضّوابط العمل البار والمفضي إلى النجاح والسعادة[6].

وفي المقابل منع الإسلام من الإثم والعدوان واقتراف الذنب[7]، والفاحشة[8]، وأكل المال بالباطل[9]، والتطفيف[10]،

---

(1) سورة النساء: الآية 4، والمائدة: 33، والأنعام: 120، و146 و160، والأعراف: 170، و180 وغيرهما.

(2) سورة البقرة: الآيات 134 و139 و141 و286. وآل عمران: 25 و30 و115 و195، والنساء: 84 و110 و123. والأنعام: 132 و164 وغيرها.

(3) سورة البقرة: الآيات 25 و44 و82 و128 و277. وآل عمران: 57 و88. والنساء: 34 و40 و57 و112 و122 و124 و173. والمائدة: 9 و48 و93 والأنعام: 70 وغيرها.

(4) سورة آل عمران: الآيات 139، و140 و146 و152. والنساء: 8، والأنفال: 11 ـ 12 و45، ويونس: 12 و89 وغيرها.

(5) سورة الإسراء: الآيتان 29 و 110 و الفرقان: 67 و لقمان: 32 وغيرها.

(6) سورة البقرة: الآيتان 177 و 189 و آل عمران: 92، والإنسان: 5 ـ 22.

(7) سورة البقرة: الآيات 206 و 219 و 286، وآل عمران: 178 ـ 135، والنساء: 48 و31، و111 ـ 112، والمائدة: 49 وغيرها.

(8) سورة البقرة: الآية 268، وآل عمران: 135، والنساء: 15 و16 و19 و25. والأعراف: 28 و33 وغيرها.

(9) سورة البقرة: الآية 188 والنساء: 2 و29 و30 و161. والمائدة: 42 و62. والتوبة: 34.

(10) سورة المطفّفين: الآيتان 1 ـ 3.

والربا[1]، والسرقة[2]، والاكتناز[3]، وإحباط العمل[4].

ودعا إلى «العمل» آخذاً بعين الاعتبار ما يترتّب عليه من آثار ونتائج، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَقُلِ ٱعْمَلُوا۟ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُۥ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَٰلِمِ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾[5]

وقد يسعى الإنسان من خلال العمل إلى تأمين أهداف مختلفة، شخصية كانت أم اجتماعية، إلا أن الإسلام يريد منّا أن نجعل نيل رضا الله هو الهدف النهائي والأقصى لكل عمل.

ثانياً: العمل ودوره في المُلكيّة وباقي الحقوق المُكتسبة

إن المُلكيّة الحقيقية للأموال والثروات الطبيعية وغيرها ـ حسب القرآن الكريم ـ هي الله تعالى وهو الذي جعل تلك الثروات بين أيدي البشر كي ينتفعوا منها: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[6]. وجعل حرمة مال المسلم كحرمة دمه، غير أن الإسلام اشترط في الاستفادة من الأموال والثروات شروطاً مثل:

أ ـ دفع حقوق الفقراء والمستحقّين: ﴿وَفِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ﴾[7]

---

(1) سورة البقرة: الآيتان 275 و279؛ وآل عمران: 13؛ والنساء: 161، والروم: 39.

(2) سورة المائدة: الآيتان 38 ـ 39؛ والممتحنة: الآية 12.

(3) سورة التوبة: الآيتان 34 و35؛ والمعارج: الآيات 15 ـ 18.

(4) سورة البقرة: الآيات 217 و264 و266؛ وآل عمران: 21 و22؛ والمائدة: الآيات 5 و53 وغيرها.

(5) سورة التوبة: الآية 105.

(6) سورة البقرة: الآية 29.

(7) سورة الذاريات: الآية 19.

ب ـ المنع من تجميد الأموال وتحويلها بلا فائدة[1]، أو حصر التداول فيها: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾[2]

ج ـ المنع من الإسراف والتبذير في الأموال: ﴿وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا﴾[4].

د ـ المنع عن إلحاق الضرر بالآخرين جرّاء الاستفادة من الأموال، انطلاقاً من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» والروايات الواردة في هذا المجال[5].

ثم إنَّ الأساس في المُلكية في الفقه الإسلامي هو «العمل» حيث إنّه «الأساس المشروع لاكتساب الحقوق والمُلكيّات الخاصة في الثروات الطبيعية، فرفضُ أيّ حقّ ابتدائي في الثروات الطبيعية منفصلاً عن العمل هو الصيغة السلبية للنظرية، والإيمان بالحق الخاص فيها على أساس العمل هو الصيغة الإيجابية الموازية، وهذا الجانب الإيجابي له شواهده في الفقه الإسلامي أيضاً، ونذكر منها ما يلي:

ـ من أحيى أرضاً فهي له كما جاء في الحديث.

---

(1) الحر العاملي: وسائل الشيعة، ج17، ص328، صحيحة معاوية بن وهب، وصحيحة الكابلي، وج 6، ص383، وصحيحة عمر بن يزيد وغيرها.
(2) سورة الحشر: الآية 7.
(3) سورة الأنعام: الآية 141.
(4) سورة الإسراء: الآية 27.
(5) الحر العاملي: مصدر سابق، ص343.

ـ من حفر معدناً حتى كشفه كان أحق به، وملك الكميّة التي كشفت عنها الحفرة وما إليها من مواد[1].

ـ إذا حاز الفرد الحيوان النافر بالصيد، والخشب بالاحتطاب، والحجر الطبيعي بحمله، والماء من النهر باغترافه في آنية وغيرها مَلَكه بالحيازة، كما نصّ على ذلك الفقهاء جميعاً»[2].

ويستنتج الشهيد السيّد محمد باقر الصدر بعد استعراضه لدور العمل في نظرية التوزيع قائلاً: «وهكذا نستخلص مما سبق حقائق عديدة عن النظرية الإسلامية لتوزيع الثروات الطبيعية الخام وهي كما يلي:

ـ لا توجد حقوق ومُلكيّات خاصة في الثروات الطبيعية الخام بدون عمل.

ـ إن العمل هو الأساس لنشوء الحقوق والمُلكيّات الخاصة في تلك الثروات.

ـ لا يعتبر عملاً في نظرية التوزيع وأساساً للحق الخاص، ما لم يكن ذا طابع اقتصادي أي من أعمال الانتفاع والاستثمار»[3].

ـ لا يقتصر دور العمل من منظور إسلامي في اكتساب الحقوق

---

(1) قد يُشكل على هذا الرأي انطلاقاً من أن المعادن من الأنفال ـ أساساً ـ والمرجعيّة في التصرّف فيها للدولة الإسلامية، أنظر: تقسيمات الأموال.

(2) الصدر، محمد باقر: النظرية الإسلامية لتوزيع المصادر الطبيعية (مقال)، منشور ضمن: بحوث إسلامية، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت، ط3، 1403هـ، 1983م، ص141.

(3) المصدر نفسه، ص 147 ـ 148.

والمُلكيّات الخاصة فحسب، بل العمل هو الأساس في نظرية التوزيع الإسلامية أيضاً، كما هو الأساس الذي يفسِّر الأجور المطلوبة جرّاء قيام الأجراء بعمل معين.

ثالثاً: مبادئ عامة في قضايا العمل والعمال:

يُشترط في «العمل» الذي يتمّ التوافق عليه، من منظور إسلامي، أمور ثلاثة:

أ ـ الإباحة، بأن لا يكون العمل محرّماً شرعاً[1].

ب ـ مطلوبيّة العمل ومرغوبيّته، بأن يكون مما يرغب فيه العقلاء[2].

ج ـ أن لا يكون العمل المتّفق عليه من الواجبات الشرعية على عاتق العامل[3].

في غير ذلك، فإن الفقه الإسلامي يُقرِّ الأعراف الإنسانية في مجال العمل وحقوق العمال[4]، شريطة أن لا تعارض نظرية الإسلام في المُلكيّة وباقي الحقوق المكتسبة[5].

---

(1) العلاّمة الحلّي: تذكرة الفقهاء، ج2، ص287.

(2) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(3) المحقّق الحلّي: شرائع الإسلام، ج3، ص162.

(4) انطلاقاً من أصل الإباحة، وقاعدة «العادة محكمة»، أنظر: شرح الأحكام، المادة 36. أو انطلاقاً من قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً»، أنظر: المصدر نفسه، المادة 43.

(5) وذلك انطلاقاً من قاعدة: «ما ثبت بالشروع مقدّم على ما ثبت بالشرط». أنظر: الزحيلي: القواعد الفقهية، ص616.

وانطلاقاً من الأصول والقواعد العامة في الفقه الإسلامي نستطيع أن نقرّر ما يلي:

أولاً: نستفيد من الفقه الإسلامي الحرص الشديد على تأمين كل الوسائل والعوامل التي تدخل في مجال حماية حقوق العامل، بما في ذلك إنشاء نقابات عمّالية بأصنافها المختلفة ليكون الهدف من إنشائها حماية العمال، والدفاع عن حقوقهم المشروعة أمام تعديّات أرباب العمل.

ثانياً: يحظّر الفقه الإسلامي كل أنواع الاستضعاف[1]، والاستغلال والاستهتار[2]، بحقوق العمال، لاسيما الأولاد والنساء منهم.

ثالثاً: يقرّ الفقه الإسلامي، في خصوص قضايا الأجور، وأوقات العمل، والإجازات، تلك القرارات التي تنطلق من المصلحة العامة والعرف المتَّبع، ومصلحة العمال ومستقبلهم.

رابعاً: لا يجوز من منظور الفقه الإسلامي الصّرف التعسّفي للعمال والمستخدمين من العمل المبرم بعقد سابق، من قبل أرباب العمل. وفي حال حصول الإساءة أو التجاوز يحق للطرف المتضرِّر طلب التعويض المناسب، ويقدّر ذلك حسب نوع العمل، ونوع الضرر، ودرجة الإساءة وسواها من الأمور.

خامساً: يخضع فسخ عقد العمل في الفقه الإسلامي لقواعد

---

(1) سورة القصص: الآية 4.

(2) سورة القصص: الآية 83.

المصلحة العامة، ولمبدأ رعاية حقوق الأطراف، ولابد من أن يسبقه إنذار.

سادساً: يخضع تنظيم العمل وفقاً للفقه الإسلامي لقواعد الإدارة، والمصلحة العامة، ومصلحة العمال وأرباب العمل معاً في آنٍ واحد.

الفصل الرابع

تكوين القاعدة القانونيّة والشرعيّة

المبحث الأول: تكوين القاعدة القانونيّة ومصادرها

المبحث الثاني: تكوين القاعدة الشرعيّة ومصادرها

الفصل الرابع

تكوين القاعدة القانونيّة والشرعيّة

المبحث الأول

تكوين القاعدة القانونيّة ومصادرها

تتكوّن القاعدة القانونية من مجموعة من القواعد التي تنظّم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع بصورة عامة ومجرّدة، وتوقع السلطة جزاء على مخالفتها». وانطلاقا من التعريف المذكور فإنها تتّصف القاعدة القانونيّة بالخصائص التالية:

أولاً: هي قاعدة وضعية نظراً إلى مصدرها حيث إنها في الأساس السلطة الوضعية.

ثانياً: هي قاعدة سلوك، وذلك نظراً إلى دورها في إدارة وضبط السلوك العام للأفراد في المجتمع.

ثالثاً: هي قاعدة تحكم السلوك الخارجي للأفراد، فلا تأثير لها على باطن الأفراد وما يضمرون بالنسبة إلى الآخرين.

رابعاً: هي قاعدة عامة مجرّدة، بمعنى أنها تنشأ وتفترض حالات، ولا تفترض الوجود الخارجي الفعلي لسلوك معيّن.

وتتكوّن القاعدة القانونية من عنصرين أساسين هما :

أ ـ المادة أو المضمون.

ب ـ الشكل أو الصورة.

والمقصود بالمادة أو الجوهر هو الحقائق و الأفكار التي تشتمل عليها القاعدة القانونية وتعبّر عنها[1]. في حين أن المراد من الشكل هو كيفيّة تحديد المادة وطريقة ضبطها من خلال الصياغة الفنية التي تمارسها السلطة التي لها الحق في وضع القاعدة القانونية الملزمة[2]. وهي المصدر الرسمي للقانون.

المطلب الأول: مضمون القاعدة القانونية وعناصرها

ينطوي مضمون القاعدة القانونية في النظام الوضعي على مجموعة من الحقائق التي تأخذ صوراً مختلفة، كالحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية. ومردُّ تلك الحقائق إلى عنصرين هما:

عنصر الواقع المستمد من المشاهدة والتجربة في الجماعة، وعنصر المثال الذي يُعتبر نموذجاً للعدل الذي ينبغي أن يسود في المجتمع.

---

(1) أنظر: كيرة، مبحث تكوين القاعدة القانونية . وسلطان: المدخل لعلم القانون، ص53.

(2) المصدر نفسه.

أولاً: عنصر الواقع

المراد من عنصر الواقع هو العوامل الطبيعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية وغيرها التي تُؤخذ بالحسبان عند وضع وصياغة القاعدة القانونية في النظام الوضعي. والعوامل الطبيعية هي مثل النضوج الجسمي والجنسي الذي يُؤخذ في الاعتبار في تحديد الأهلية للزواج مثلاً، وكذلك بالنسبة إلى ظاهرَيْ الميلاد والوفاة وما يترتّب عليهما من حقوق وواجبات. وأما العوامل الاجتماعية والسياسية فهي النظرة التي تتكوّن في بيئة نتيجة الواقع السياسي والاجتماعي السائد، كالتوجّه الرأسمالي أو الاشتراكي أو غيرهما. وكما هو واضح، فإنَّ لهذه الاتجاهات الدور الكبير في صياغة القوانين وبنائها. وأما العوامل الاقتصادية وهي متعدّدة، فيبرز دورها من خلال العوامل الفاعلة والضاغطة في المجتمع مثل اليد العاملة و النقابات العمالية والشركات المساهمة وغيرها. وأما العوامل الدينية والأخلاقية في صياغة القواعد القانونية، فهي تلك العوامل السائدة في المجتمع مثل نظام الزواج والطلاق و الإرث وغيرها.

ثانياً: عنصر المثال

المقصود بعنصر المثال هو القيمة المعنوية النى يُدركها العقل الإنساني في ما وراء المحسوس، ويتجسّد بالعدل كمثل أعلى في المجتمع. والعدل في الواقع الاجتماعي يأخذ تارة طابعاً فردياً، ويساهم في تحديد علاقة الفرد بغيره من الأفراد فيُسمّى بـ «العدل الخاص»، وقد يُسمّى بـ«العدل التبادلي» الذي يعني تعهّد الشخص بعدم الاعتداء على مال الغير وعلى شخصه وإلّا أخلّ بنظام المساواة. وتارة أخرى يأخذ

العدل طابعاً عاماً ويدخل في تحديد علاقة الفرد بالجماعة أو داخل الجماعة، فيعبّر عنه بـ «العدل العام». ويهدف هذا العدل إلى تحقيق الصالح العام، وهو ما لا يتحقّق عن طريق المساواة الحسابية بين الأفراد، ويسمّى أيضاً بـ «العدل الاجتماعي» أو «العدل القانوني»، وقد يعبّر عنه أيضاً بـ «العدل التوزيعي» بالنظر إلى الاهتمام بالعدل في التوزيع بحسب حاجات الأفراد في المجتمع.

المطلب الثاني: شكل القاعدة القانونية

يتحدّد دور وأهميّة الشكل في صياغة القاعدة القانونية من خلال ضبط وتحديد المضمون، وهو بمثابة الوسيلة لإدراك الغاية التي هي الجوهر والمضمون في هذه القاعدة. وللصياغة القانونية المتأثّرة بالشكل أنواع، وتتجسد بشكل خاص في نوعين أساسيين هما: الصياغة الجامدة والصياغة المرنة.

أولاً: الصياغة الجامدة

الصياغة الجامدة هي تلك الصيغة التي ليس فيها مجال للاجتهاد والرأي عند التطبيق، فالقاضي الذي يواجه صياغة جامدة ليس له مكنة التقدير في تطبيق القاعدة القانونية، وذلك في مثل التحديد الرقمي لسن الأهلية المدنية حيث لا دور للقاضي في تقدير درجة النضج العقلي الفعلي للفرد، وإنما عليه أن يطبّق المفاد الحرفي للتحديد الرقمي للسن من دون زيادة أو نقصان. وكذلك الأمر في موارد مشابهة كتحديد مواعيد الطعن في الأحكام، وتحديد بدء التقادم، وسعر الفائدة، ومقدار الضريبة وغيرها. فليس للقاضي في هذه الموارد وما يشابهها من سلطة تقديرية لكي يعطي رأيه في الجانب التطبيقي للقاعدة القانونية.

ثانياً: الصياغة المرنة

وأما الصياغة المرنة فهي تلك الصياغة التي لا تعطي للقاعدة القانونية حكماً ثابتاً غير قابل للتغيير بالنظر إلى الظروف والأحوال، بل تضفي عليها نوعاً من المرونة كي تستجيب لمتغيّرات الظروف والواقع مما يترك للقاضي ممارسة حق التقدير وفقاً لملابسات الواقع الذي يراد تطبيق القاعدة عليه. ومن الأمثلة على الصياغة المرنة أن يُترك للقاضي في القانون الجزائي الاختيار بين حد أقصى و حد أدنى وفقا لظروف الجريمة، أو يُترك له تحديد مدى الإخلال بالنظام العام أو بالآداب العامة، وهكذا.

المطلب الثالث: أدوات صياغة القاعدة القانونية

يميّز النظام الوضعي بين نوعين من الصياغة للقاعدة القانونية وهما: الصياغة المادية والصياغة المعنوية.

أولا: الصياغة الماديّة

والمقصود بالصياغة المادية هي تلك الصياغة التي تعبّر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً ملموساً من دون الحاجة إلى جهد فكري، وذلك حينما يحلّ الكمّ محل الكيف في التعبير. والصياغة الكميّة تتجسّد من خلال عملية الترقيم أي التعبير بالأرقام، والمثال ما سبق في تحديد سن الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية ببلوغ سن معين (21 سنة ميلادية بحسب القانون المصري ـ م 44 ـ 2 مدني).

ثانياً: الصياغة المعنوية

أما الصياغة المعنويّة، فهي تلك الصياغة التي تقوم على جهد ذهني

من جانب المشرّع، في ما تطلب الأمر استخدام أساليب منطقية، والتوسّل إلى قواعد فكرية (عقلية) لتحقيق الغاية التي يهدف إليها من خلال القاعدة القانونية، وذلك في مثل القرائن القانونية أو الافتراض والحيل القانونية. ومن الأمثلة على القرائن القانونية الحديث الوارد عن النبي (ص) إذ قال: «الولد للفراش»، ولما كان الغالب أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها أثناء الزوجية فيفترض القانون الحمل أثناء الزوجية.

المطلب الرابع: مصادر القاعدة القانونية

إن المقصود من المصادر القانونية في النظام الوضعي هو العوامل الدخيلة في تكوين القاعدة القانونية، والوسائل التي تمنح هذه القاعدة صفة الإلزام. ويعبر عن الأول بالمصادر المادية وقد سبق البحث عنها، كما يعبر عن الثاني بالمصادر الرسميّة التي سنركّز البحث عليها في ما يلي:

تنقسم المصادر الرسميّة إلى مصادر أصلية (أساسية) ومصادر احتياطية (فرعية)، ويدخل ضمن الطائفة الأولى التشريع و التقنين، كما يدخل ضمن المصادر الاحتياطية الدين والعرف ومبادئ الشريعة والقانون الطبيعي وقواعد العدالة، وسنتناولها بإيجاز.

أولاً: التشريع

التشريع هو التعبير الكتابي بواسطة سلطة عامة مختصّة عن القواعد القانونية[1]، ويسمّى أيضاً بالقانون المكتوب تمييزاً عن العرف الذي يعبّر عنه بالقانون غير المكتوب. ومن خصائص التشريع الوضوح في التعبير والسهولة في الإلغاء والتعديل. والتشريع ينقسم إلى أنواع كالتشريع

---

(1) سلطان: مصدر سابق، ص88.

الأساسي والتشريع الرئيسي (العادي) والتشريع الفرعي. والمراد بالتشريع الأساسي هو الدستور الذي يعبّر عن السلطات، ويمتاز بأنه يصدر من جهة مغايرة للسلطة التشريعية العادية. وأما التشريع الرئيسي أو العادي فهو التشريع الذي تتولاّه السلطة التشريعية في حدود صلاحيتها واختصاصها الدستوري، ويطلق على هذا التشريع اسم «القانون». وأما التشريع الفرعي فهو ما يصدر من السلطة التنفيذية (الحكومة) بمقتضى الاختصاص المخوّل لها من الدستور. ولهذا التشريع أسماء أخرى بحسب بلد المنشأ، ففي مصر يُطلق عليه، «اللائحة»، وفي لبنان يسمى بـ«المراسيم التنظيمية» أو «المراسيم الإدارية». ولكي يصبح التشريع نافذاً لا بد من أن يتمّ إصداره ونشره من قبل الجهات المختصة.

ثانيا: التقنين

التقنين عبارة عن تشريع في مجال خاص وفي فرع من فروع القانون، وذلك ضمن مدوّنة واحدة ومبوّبة كالتقنين التجاري والتقنين المدني وغيرهما. وهو يُسمّى بـ«المدونة» حسب اقتراح المجمع اللغوي، ولكن الاصطلاح الرسمي للتعبير عن هذا التشريع هو «القانون» فيقال مثلاً القانون التجاري والقانون المدني وهكذا.

ثالثاً: الدين

الدين يعدّ مصدراً للتقنين الرسمي في كثير من البلدان الإسلامية مثل مصر والسعودية واليمن، والعراق بحسب الدستور الجديد وغيرها من بلدان. ولكن في العديد من البلدان الإسلامية الأخرى يُعتبر الدين مصدراً في خصوص مسائل الأحوال الشخصية وبعض موضوعات المعاملات المالية و المرجعية الأساس للتشريع هو الدولة.

رابعاً: العُرف

يُعتبر العُرف أقدم مصدر للقانون، وذلك في مثل قانون حمورابي في سنة 2000 قبل الميلاد، وفي الألواح الإثني عشر الرومانية المعروفة وغيرها. كما أنه لا يزال هو المصدر الرسمي والأصيل للقانون في المجتمع الأنغلوساكسوني مثل انكلترا.

والمراد بالعُرف «هو مجموعة القواعد التي كوّنتها الحاجات الاجتماعية على مرّ الزمن وتوارثتها الأجيال»[1]. وهو يختلف عن العادة الاتفاقية بأن الأول يعتمد على ركنين اثنين: الركن المادي أي الاعتياد والركن المعنوي أي الإلزام، في حين أن العادة الاتفاقية فاقدة للركن المعنوي وتعتمد على الركن المادي فقط. ثم إن العُرف يلعب دوراً مؤثراً في مجالات عدة من فروع القانون ـ كالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الدولي العام والقانون الجنائي والقانون المدني والقانون التجاري ـ باعتباره مرجعاً للتحديد والتقرير في كل هذه الفروع القانونية.

خامساً: مبادئ الشريعة الإسلامية

تُعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية، وهي تلك المبادئ العامة التي لا تختلف عليها المذاهب الفقهية الإسلامية، مصدراً احتياطياً آخر للتقنين في بعض الدول الإسلامية؛ إذ ينص التشريع المصري ـ مثلاً ـ في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى

---

(1) سلطان: مصدر سابق، ص124 وفرج: مصدر سابق، وكيرة: مصدر سابق.

مبادئ الشريعة الإسلامية»[1]. هذا فضلاً عن أن مبادئ القانون الطبيعي ومبدأ العدالة يعتبران مصدرين احتياطيين في العديد من التشريعات المعاصرة.

المبحث الثاني
تكوين القاعدة الشرعيّة ومصادرها

مفهوم القاعدة الشرعيّة

المراد بالقاعدة الشرعيّة هنا هي القاعدة الفقهية من دون القواعد الأخرى للشرع الإسلامي أي العقيدة أو الأخلاق. من هنا فإن القاعدة الشرعية الفقهية « هي أحكام فقهية عامة تجري في أبواب فقهية مختلفة»[2]، وعليه فهي تختلف عن الحكم الشرعي (الفقهي) لأنها تتضمن حكماً كلياً في حين أنه يتضمن حكماً خاصاً، لذا، فهي لا تساويه كما تصوّر البعض[3]، وإن كان المقصود بالقاعدة الشرعية هنا قياساً بالقاعدة القانونية هو الأعمّ من القاعدة والحكم الشرعيين.

إن العلاقة بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية هي علاقة العموم والخصوص، إذ هناك موارد التقاء كثيرة بين الطائفتين من القواعد مثل قاعدة الضرر والإتلاف والإقرار وغيرها، وهناك موارد افتراق من الطرفين حيث توجد قواعد فقهية ليست بقواعد قانونية في مثل قاعدة الإلزام و قاعدة نفي السبيل الفقهيّتين وغيرهما، وهناك قواعد قانونية

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 1، ص189.

(2) مكارم الشيرازي؛ الشيخ ناصر: القواعد الفقهية، طبعة 1382 هـ، قم، ج1، ص12.

(3) عالية، د. سمير: مصدر سابق، ص87.

ليست بفقهية وتشمل جميع القواعد القانونية التي تخالف حكماً من أحكام الشرع الإسلامي.

ويمكن أن نوجز خصائص القاعدة الشرعيّة الفقهيّة بما يلي:

أولاً: هي قاعدة سلوك مثلها مثل القواعد القانونية، لأن المقصود منها ضبط السلوك العام والخاص للأفراد.

ثانياً: هي قاعدة تحكم السلوك الخارجي للأفراد ولكن لا تهمل ما يضمره الشخص في الداخل، وذلك بخلاف القواعد القانونية التي تُعنى بظواهر السلوك فقط، وذلك نظراً إلى أن القواعد الفقهية معنيّة بباطن الإنسان ونواياه أيضاً، من خلال نظام الأجر والثواب. فمن يقوم بتطبيق قاعدة فقهية بنيّة حسنة (القربة)، فإنه يحصل على أجر معنوي (أخروي) مقابل تلك النية مضافاً إلى الأجر الدنيوي.

ثالثاً: هي قاعدة عامة مجرّدة تصاغ كالقاعدة القانونية بصورة عامة وكقضية حقيقية، سواء كان لها مصداق خارجي فعلي أم لا.

رابعاً: هذه القاعدة تتميز عن القاعدة القانونية من ناحية المنشأ والمصدر، فمصدر القواعد الشرعية هو الشرع الإسلامي، في حين أن مصدر القواعد القانونية هي السلطة الوضعيّة.

المطلب الأول: مضمون القاعدة الشرعية وعناصرها

تتكوّن القاعدة الشرعية من عنصرين أساسيين هما عنصر النص وعنصر الاجتهاد، والعلاقة بينهما هي علاقة مانعة الجمع بمعنى أنه لا اجتهاد مقابل النص، كما تحكمهما علاقة مانعة الخلو، فلا يمكن أن

تخلو واقعة من حكم منصوص أو اجتهادي بحسب الفقهاء. وفي ما يلي توضيح موجز حول العنصرين:

أولاً: عنصر النص

النص في الاصطلاح الإسلامي العام هو منطوق القرآن الكريم والسنّة النبويّة، وفي اصطلاح الفقهاء هو خصوص المنطوق القرآني والسُنُني المشتمل على حكم شرعي. وهل يشمل النص فعل الرسول(ص) وتقريره أم لا؟ يبدو أن الفعل والتقرير النبويّين هما خارجان عن النص من حيث المفهوم، وداخلان فيه من حيث الحكم، إذ لا يمكن أن ينفصل النص عن سياق عام يشمل فعل النبي وتقريره بل سبب نزول الآيات القرآنية.

ثم إن النص هو المرتكز الأساس لعملية الاستنباط والاستدلال الفقهيّين حيث يبدأ الفهم الفقهي منه وينتهي إليه ضمن قواعد الدلالة في اللغة العربية وضوابط الفهم الفقهي المبحوث عنها في علم أصول الفقه. كما أن معظم القواعد الفقهيّة مستقاة من النص وراجعة إليه.

النص وعنصر الواقع:

هل هناك من صلة للنص بعنصر الواقع أي العوامل الطبيعية والاجتماعية والسياسية وغيرها، أم أن النص قائم بذاته ولا صلة له بالواقع أصلاً؟. إن هذا البحث من المواضيع الشائكة في الفقه الإسلامي، وفي فلسفة الفقه تحديداً، ولا يسع المقام للإجابة التفصيلية عن هذا السؤال، غير أنّ الفقهاء الذين ينكرون صلة النص بالواقع لجهة النشأة ـ كما أشرنا ـ يعتبرون السياق العام الذي يشمل كل معطيات الواقع

دخيلاً في فهم النص وتحديد المراد منه، وهو يكشف بدوره عن صلة ما بين النص من جهة والواقع من جهة أخرى وإن كان تحديدها بحاجة إلى بحث مستوف آخر.

النص وعنصر المثال:

ينحو النص منحى المثال سواء لجهة النشأة والصدور أم لجهة التطبيق والواقع، وهو واضح في التعبير القرآني وفي السنّة، حيث إننا نرى أنفسنا أمام كمّ كبير من النصوص التي تتحدّث عن مُثُل كالعدل والقسط بمثابة غايات أساسية للأحكام الشرعية، ويدعو الشرع إلى تحقيقها في المجتمع من خلال تطبيق الأحكام الشرعية. وعليه، فإن الأحكام الشرعية هي أحكام هادفة، وتحقّق أغراضاً محدّدة، وتلبي غايات واضحة وهي إقامة القسط والعدل في المجتمع. وهذا العنصر المثالي هو الوجهة العملية للأحكام الشرعية والمحدّد الأساس لمقاصد الشريعة وأهدافها العامة.

ثانياً: عنصر الاجتهاد

الاجتهاد هو العنصر الآخر في تحديد القواعد الفقهية في الفقه. وكما سبق فإن الاجتهاد في الفقه الإسلامي يكون عند فقدان النص المعتبر، ولا اجتهاد مع وجود نص يحدّد القاعدة أو الحكم في مجال من مجالات الفقه وإلّا أصبح مقابل النص وهو أمر مرفوض فقهياً. من هنا، جاء تعريف الاجتهاد بمفهومه العام بأنه «استفراغ الجهد في تحصيل الظن بالحكم الشرعي»[1]، وهو بمفهومه الخاص «بذل الجهد للتوصّل إلى

---

(1) التعريف المعتمد لدى كل من العلّامة الحلّي والحاجبي، ورد في: الخراساني: كفاية الأصول، جامعة المدرسين، قم، لا تاريخ، ص528.

الحكم في واقعة لا نص فيها بالتفكير، واستخدام الوسائل التي هدى الشرع إليها للاستنباط بها فيما لا نص فيه»[1]. وللاجتهاد أقسامه وشروطه ومجالاته الخاصة وقد اختلف الفقهاء في تفاصيلها[2].

الاجتهاد وعنصر الواقع:

إنّ الاجتهاد بقسميه العام والخاص يعتمد بشكل كبير على عنصر الواقع ومعطياته الظرفية. ولا يمكن للمجتهد الذي يمارس الاجتهاد في الزمان والمكان المحدّدين أن يتجرّد كلياً عن تأثير الظروف والعوامل المحيطة به. ومن الفقهاء من يدعو إلى التجرد من عنصر الواقع لتحقيق اجتهاد يلامس النص وروحه، ويقارب ما هو المطلوب في الشرع الإسلامي، ولكن نظراً إلى أن الاجتهاد بطبيعته أمر ظرفي ومن وحي الواقع ومتطلّباته فلا يمكن التجرّد الكامل لإنجازه، بل هو ضرب من الخيال في بعض الصور، مضافاً إلى أن الأخذ بمعطيات الواقع ومتطلبات الزمان والمكان قد يكون أمراً حسناً في عملية الاجتهاد، باعتبار أنه يساهم في تلبية الحاجات الواقعية ومتطلباتها الزمانية والمكانية.

الاجتهاد وعنصر المثال:

الاجتهاد كالنص لا يمكن أن ينفصل عن عنصر المثال، بل له وجوه حاجة إليه أكثر من النص كونه فاقداً للمعطى النصّي وخصوصياته الذاتية.

---

(1) خلاف، عبد الوهاب: مصادر التشريع الإسلامي في ما لا نص فيه، دار الكتاب العربي، القاهرة، لا تاريخ، ص7.

(2) أنظر: الحكيم، محمد تقي: الأصول العامة للفقه المقارن، المجمع العالمي لأهل البيت، قم، 1997، ص 543 ـ 636.

ثم إن الانطلاق من المثال يعطي للاجتهاد زخماً إضافياً، ويبعده عن الوقوع في فخ الرأي الشخصي المنقطع عن المثال والواقع الموضوعي. ولكي يخرج المجتهد من الدائرة المغلقة التي يمثّلها التأمل الشخصي والذهني، ينبغي أن يأخذ المثال وجهة أساسية له في التفكير والتقييم والتفسير.

المطلب الثاني: شكل القاعدة الشرعيّة

القواعد الشرعية تُصاغ كالقواعد القانونية بعنوان قضية حقيقية، والصياغة فيها تكون على العموم صارمة في التحديد والضبط لجهة المضمون. غير أن الصرامة والجمود على مستوى الصياغة لا يعنيان عدم المرونة على مستوى التطبيق، بل على العكس تماماً تبدو القواعد الفقهية بمجملها قواعد مرنة على مستوى التنفيذ، وتؤخذ فيها بعين الاعتبار الظروف الخاصة للفرد الذي تعنيه القاعدة والحكم الشرعيان. كما أن الحاكم والقاضي في الشرع الإسلامي لهما مكنة التقدير في تطبيق القواعد الشرعية، لا سيما تلك المتّصلة بتنظيم العلاقات المجتمعية كقواعد القضاء والمعاملات والأحوال الشخصية.

ثم إن القواعد التي تنظّم قضايا الإرث والوصايا والجنايات في الفقه الإسلامي تأخذ صِيَغاً أكثر صرامة، وتظهر في كثير من الأحيان بشكل كمي ورقمي غير أنها تتبع قاعدة المرونة في التنفيذ المعمول بها في سائر القواعد الشرعيّة الفقهيّة.

وهناك صيغ تعبيرية خاصة في الفقه الإسلامي للتعبير عن القواعد والأحكام لجهة القوة الإجرائية ومستوى الإلحاح في التنفيذ. فالقواعد الشرعية وأحكامها التكليفية تنقسم من هذه الناحية إلى أقسام خمسة

وهي: الوجوب والاستحباب والحرمة والكراهة والإباحة، والمراد بهذه المصطلحات في الفقه الإسلامي هو كما يلي:

أ ـ **الواجب**: أي ما طلب على وجه الحتم والإلزام، وحكمه وجوب العمل به، وتاركه يأثم ويعاقب، كما أن تاركه استخفافاً يعتبر فاسقاً ولكن جاحده لا يكفر. وهناك عدد من الألفاظ في القرآن والسنّة للتعبير عن الواجب مثل: كتب عليكم، فريضة من الله، على الناس، لازم، حتماً، حقاً وغيرها.

وللواجب تقسيمات عديدة في الفقه لاعتبارات عدة، فيقسم من حيث الزمن إلى الواجب المطلق والواجب الموقت، والثاني إلى الموسع والمضيق، ومن حيث الموضوع يقسم إلى المعين والمخير، ومن حيث التقدير إلى المقدور وغير المقدور، ومن حيث القائم به إلى العيني والكفائي وهكذا.

ب ـ **المندوب**: أي ما طلب على غير وجه اللزوم أو ما يرجح فعله ويجوز تركه، وهو ما يعبّر عنه بـ«المستحب» و«السنّة» أيضاً. وللمندوب مراتب كالسُنُن المؤكّدة أو الراتبة والسُنُن غير المؤكّدة، ويدخل ضمن المندوب التصدّق على الفقراء والمساكين و مطلق التأسّي والإقتداء بالنبي(ص). والمندوب في جوهره فكرة فلسفية قائمة على فكرة الانقياد.

جـ ـ **الحرام**: ما طلب الكفّ عنه على وجه الحتم و الإلزام، وحكمه وجوب الترك، وفاعله يأثم ويعاقب، كما أن فاعله استخفافاً يعتبر فاسقاً. وللحرام أقسام مثل المحرم لذاته والمحرم لغيره وغيرهما من أقسام.

هـ ـ **المكروه**: ما طلب الكفّ عنه على غير وجه الحتم والإلزام، ويسمّى أيضا بـ «النهي التنزيهي»، وهو ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله.

و ـ **الإباحة**: ما خيّر المكلف بين فعله وتركه بلا طلب، ولا يثاب فاعله ولا يُعاقب تاركه إلّا بنية. وقد اختلف الأصوليون من الفقهاء في الإباحة هل هي حكم من الأحكام أم ليس حكما وتدخل ضمن منطقة الفراغ التشريعي.

وكما يبدو من خلال هذه التقسيمات فإن صياغة التكليف في الفقه الإسلامي صارمة ومحدّدة ويراد من خلالها الالتزام الكامل بالأحكام الشرعية المحدّدة من ناحيته.

المطلب الثالث: مصادر القواعد الشرعية

المقصود بالمصادر هنا هو تلك النصوص والمبادئ والاعتبارات التي يشتقّ منها الحكم الشرعي، وقواعدها العامة أو مصادر الفقه الإسلامي هي الأدلة التي نصبها الشارع دليلاً على الأحكام الشرعية، وهذه الأدلة بعضها محلّ إجماع بين علماء المسلمين (السنّة والشيعة) وهي الكتاب والسنّة والإجماع، وجمهور أهل السنّة و الجماعة على اعتبار القياس دليلاً رابعاً، وجمهور علماء الشيعة على اعتبار العقل دليلاً رابعاً. يضاف إلى تلك المصادر المصادر التبعيّة وهي الاستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف، وفتح الذرائع، وشرع مَن قبلنا، ومذهب الصحابي، والقرعة، والحيل الشرعية لدى أهل السنّة، وسنّة أهل البيت، والشهرة، والسيرة، والأصول العملية لدى الشيعة. وسنتناول أولاً المصادر الأساسية (الأصلية) وهي الكتاب والسنّة والإجماع والعقل

والقياس، ثم نتناول بعد ذلك أهم المصادر الثانوية (التبعية والفرعية) وهي سنّة أهل البيت والاستحسان والاستصلاح والعرف، كما يلي:

أولاً: المصادر الأساسية

أ ـ الكتاب

الكتاب، وهو القرآن الكريم، يُعدّ الأصل في التشريع الإسلامي، فقد بُينت فيه أُسُس الشريعة وأُوضحت معالمها في العبادات والحقوق إجمالاً. وهو في الشريعة الإسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية، غير أن الكتاب بصفته الدستورية إنما يتناول بيان الأحكام بالنص الإجمالي، ولا يتصدى للجزئيات وتفاصيلها إلّا قليلاً، لأن هذا التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه القرآنية. فقد ورد فيه الأمر مثلاً بالصلاة والزكاة مجملاً، ولم يفصّل فيه كيفية الصلاة ولا مقاديرها ،بل فصّلتها السنّة بقول الرسول (ص) وفعله. وكذلك أمر القرآن بالوفاء بالعقود، ونصه على حل البيع وحرمة الربا إجمالاً من دون أن يبيّن ما هي العقود والعهود الصحيحة و المحلّلة التي يجب الوفاء بها، وما هي الباطلة أو الفاسدة منها التي ليست محلاً للوفاء، فتكفلت السنّة أيضاً ببيان أُسُس هذا التمييز، على أن القرآن قد تناول تفصيل جزئيات الأحكام في بعض المواضع كما في المواريث وغيرها.

ب ـ السنّة

يطلق لفظ السنّة على ما جاء منقولاً عن الرسول (ص) من قول أو فعل أو تقرير. وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ (الحديث). والسنّة تلي الكتاب رتبة في مصدرية التشريع من حيث إن بها بيان مجمله، وإيضاح

مشكله، وتقييد مطلقه، وتدارك ما لم يذكر فيه. فهي مصدر تشريعي مستقل من جهة لأنه قد يرد فيها من الأحكام ما لم يرد في القرآن، ولكن من جهة أخرى يُلحظ فيها معنى التبعيّة للقرآن؛ لأنها إيضاح وبيان ضمن مبادئه وقواعده العامة، حتى في ما تقرر من الأحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن.

ج ـ الإجماع:

الإجماع هو اتّفاق الفقهاء المجتهدين في عصر ما على حكم شرعي معيّن.. والإجماع حجة قويّة في إثبات الأحكام الفقهية، ومصدر يلي السنة في المرتبة. وهو في ذاته إذا انعقد على حكم لا بد من أن يكون مستنداً إلى دليل فيه وإن لم ينقل الدليل معه، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهياً بلا دليل شرعي. ولذلك فإن الإجماع لدى الشيعة ليس حجة بنفسه بل إنما يكون حجة لكشفه عن وجود دليل شرعي لدى المُجمِعين.

د ـ القياس:

القياس هو إلحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلّة، ولا يشترط فيه اتفاق كلمة العلماء بل كل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نص عليها في الكتاب أو السنّة ولا إجماع عليها.

ويبرّر علماء السنّة القياس بأن نصوص الكتاب والسنّة محدودة متناهية، والحوادث الواقعة والمتوقّعة غير متناهية، فلا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها وأحكامها في فقه الشريعة إلّا عن

طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس. ومن أمثلة ذلك أنه ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع أكثر مما ورد بشأن الإجارة، فقاس الفقهاء كثيراً من أحكام الإجارة على أحكام البيع لأنها في معناه إذ هي في الحقيقة بيع المنافع.

هـ ــ العقل:

يرى الأصوليون من الإمامية أنّ في العقل القابلية لإدراك الأحكام الكلّية الشرعية الفرعية بتوسّط نظرية التحسين والتقبيح العقليّين، ولكن على سبيل الموجبة الجزئية. وقد اعتمدوا على إدراك العقل في موردين:

المورد الأول: أنّ يدرك العلّة التامة المؤلفة من: المقتضي، والشرط، وعدم المانع للملازمة بين هذا الإدراك وحكم الشرع، لكنه نادر جداً.

المورد الثاني: أن يدرك أمراً خارجياً ثابتاً مثل: استحالة اجتماع النقيضين،فيستتبع حكماً شرعياً لا محالة، وإدراكه ذلك يلزمه أنّ يدرك استحالة أن يأمر المولى بشيءٍ وينهى عنه أو يأمر بضده، وعليه فوجوب فعل في الشريعة يستلزم حرمة ضده، ووجوب مقدمته، كما أنّ حرمة فعل تستلزم عدم الأمر به. فتحريم التواجد في الدار المغصوبة مانع من الأمر به فتبطل الصلاة فيها لذلك.

وهذا الإدراك لأمر ثابت في الواقع ليس بإدراك لحكم شرعي ليشمله النهي عن استعمال الرأي فيه، وإنما هو إدراك لما يستتبع الحكم الشرعي: كاستحالة اجتماع النقيضين المستتبع لعدم طلب المولى للفعل الذي نهى عنه.

ثانياً: المصادر الفرعيّة

هناك مستندات أخرى شرعية لإثبات الأحكام الفقهيّة غير المصادر الأربعة الأساسية المتقدّمة إلاّ أنّها ليست بمستوى تلك المصادر، إنما هي في الحقيقة تبعيّة وفرعية وأهمّها:

أ ـ سنّة أهل البيت

سنّة أهل البيت لدى الشيعة هي امتداد لسنّة رسول الله وتابعة لها وليست بمستقلة عنها، وهم يستدلّون على حجّيتها بأدلّة من الكتاب بمثل آية التطهير وآية أولي الأمر، و عمدة الدليل لديهم من السنّة هو حديث الثّقلين، ويقربونها أيضاً من خلال أدلة عقلية لها جذور عقدية للتأكيد على صحة الاستناد بسنّة أهل البيت.

ب ـ الاستصلاح

الاستصلاح هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة وهي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها، ولم يرد فيه نص على إلغائها، فهي إنما تدخل في عموم المصالح التي تتجلّى في اجتلاب المنافع واجتناب المضار. ولم يحدّد الشارع لها أفراداً ولا أنواعاً ولذا سمّيت مرسلة أي مطلقة غير محدودة، فإذا كانت المصلَحة قد جاء بها نص خاص بعينها ككتابة القرآن صيانة له من الضياع، وكتعليم القراءة والكتابة، فعندئذٍ تكون من المصالح المنصوص عليها لا من المصالح المرسلة، ويعتبر حكمها ثابتاً بالنص لا بقاعدة الاستصلاح.

جـ ـ الاستحسان

الاستحسان في اللغة هو «عدّ الشيء حسناً سواء كان من الأمور الحسية أم المعنوية»، ولكن تحديده لدى الأصوليين مختلَف فيه جداً، وأكثر تعاريفهم التي ذكروها أبعد ما تكون عن فن التعريف، بل هي أقرب إلى تسجيعات الأدباء التي كان يراعى فيها إخضاع المعنى للمحسنّات البديعية منها إلى تحديدات المنطقيين حسب بعض الكتّاب. والذي يقتضي الوقوف عنده من تعاريف الاستحسان التي تكاد تكون منطقية من حيث كونها ذات مفاهيم محدّدة، ما ذكره كل من: البزدوي من الأحناف من أنه «العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه»، والشاطبي من المالكية من أنه: «العمل بأقوى الدليلين»، والطوفي من الحنابلة في مختصره من أنه: «العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص». وهذه التعريفات يختلف حالها من حيث التعميم والتخصيص.

وقد اختُلف في حجيّة الاستحسان وعدمها على قولين: يتضمن أحدهما نفي الحجيّة، وقد تبناه الشافعي وأرسل كلمته المعروفة فيه « من استحسن فقد شرّع». ويتضمن الثاني إثبات الحجيّة له وإضفاء الأهمية الواسعة عليه، وقد تبناه مالك، وأرسل فيه قوله المعروف: «الاستحسان تسعة أعشار العلم».

هـ ـ العُرف:

العُرف هو ما تعارف عليه الناس من قول أو فعل، وينقسم إلى أقسام عُرفٍ قولي وعُرف فعلي وعُرف عام وعُرف خاص وعُرف صحيح

وعُرف فاسد وغيرها. ومن يعتبر العُرف مصدراً من مصادر التشريع الثانوية يشترط أن يكون مطرداً وعاماً ولا يلغي أصلاً أو نصاً وإلّا تحوّل إلى عرف مرفوض من هذه الناحية.

والأحكام المبيّنة على العُرف تتغيّر بتغيّره مكاناً وزماناً، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

المصادروالمراجع

أ ـ القرآن الكريم وعلومه:

1 ـ القرآن الكريم.

2 ـ الراغب الأصفهاني: مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، بيروت، الدار الشامية، دمشق، 1418هـ.

3 ـ الطباطبائي، محمد حسين: الميزان في تفسير القرآن،دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1403هـ.

4 ـ الغزالي، أبو حامد: جواهر القرآن ودرره، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1988.

5 ـ الرازي، محمد بن عمر: مفاتيح الغيب، دار الفكر العربي، بيروت، 1985.

6 ـ الطبري، ابن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج4، دار الفكر بيروت، 1415هـ.

ب ـ الحديث الشريف و علومه:

1 ـ المتقي الهندي: كنز العمال، ج 16، مؤسسة الرسالة، بيروت، لا تاريخ.

2 ـ المجلسي، محمد باقر: بحار الأنوار، مؤسسة الوفاء، بيروت، ط2، 1983.

3 ـ الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين في الحديث، طبعة حيدر آباد الدكن، الهند، الهند، 1335هـ.

4 ـ السيوطي، عبد الرحمن: الفتح الكبير في ضمّ الزيادة إلى الجامع الصغير، ج3، القاهرة، 1352هـ.

5 ـ الريشهري، محمد محمدي: ميزان الحكمة، دار الحديث، قم، لا تاريخ.

6 ـ ابن أبي جمهور الأحسائي: عوالي اللئالي، ج4، مطبعة سيّد الشهداء، قم، 1403هـ، 1983.

7 ـ الهيثمي، نور الدين: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.

8 ـ الحكيمي، محمد رضا وأخواه: الحياة، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، طهران، ط2، 1414هـ.

9 ـ فوزي، إبراهيم: تدوين السنّة، دار رياض الريّس، لندن، 1994.

ج ـ أصول الفقه:

1 ـ الانصاري، مرتضى: فرائد الأصول (الرسائل)، طبعة طهران، لا تاريخ.

2 ـ الطالقاني، ملاّ نظر علي: -مناط الأحكام، الطبعة الحجرية، 1304هـ.

3 ـ الغزالي، أبو حامد محمد: المستصفى في علم الأصول، ج1، دار المعرفة الحديثة، بيروت، لا تاريخ.

4 ـ الآمدي، سيف الدين: الإحكام في أصول الأحكام، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998،

5 ـ الحكيم، السيد سعيد: المحكم في أصول الفقه، ج3، جاويد، قم، ط1، 1414هـ.

6 ـ المظفر، محمد رضا: أصول الفقه، ج1، مكتب الإعلام الإسلامي، قم، ط4، 1990.

7 ـ زين الدين العاملي، الشيخ حسن: معالم الدين وملاذ المجتهدين، طبعة عبد الرحيم، لا تاريخ.

8 ـ الصدر، السيد محمد باقر: دروس في علم الأصول، ج1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1418هـ.

د ـ المعاجم اللغوية والفنية والموسوعات:

1 ـ الفراهيدي، الخليل بن احمد: كتاب العين، قم، انتشارات أسوة، 1414هـ.

2 ـ موسوعة لا لا ند الفلسفية، ج 3، ط 1، منشورات عويدات، بيروت، باريس.

3 ـ التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج1، بيروت، شركة خياط، بيروت، لا تاريخ.

4 ـ الجرجاني، علي بن محمد: التعريفات، الدار التونسية، تونس، 1971

5 ـ ابن أبي الحديد: شرح نهج البلاغة،، ط2، القاهرة، لا تاريخ.

6 ـ الرازي: مختار الصحاح، بيروت، 1981.

7 ـ الفيدي: المصباح المنير، القاهرة، 1950.

8 ـ المعلم البستاني، قاموس محيط المحيط، ط: بيروت، 1983.

هـ ـ الفقه الإسلامي:

9 ـ ابن رشد الأندلسي، محمد بن أحمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.

10 ـ الشافعي، محمد بن إدريس: الأم، تحقيق: محمد مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.

11 ـ السرخسي، محمد بن أحمد: المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421 هـ.

12 ـ المفيد، محمد بن نعمان: المقنعة، طبعة جامعة المدرّسين، قم، 1410هـ

13 ـ الطوسي، أبوجعفر: تهذيب الأحكام شرح المقنعة، دار الكتب الإسلامية، طهران، 1390هـ.

14 ـ الكاساني، علاءالدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المكتبة الحبيبيّة، باكستان، 1409هـ.

15 ـ ابن قدامة المقدسي، موفق الدين: المغني والشرح الكبيرعلى مختصر الخرقي، دار الكتاب العربي، بيروت، لا تاريخ.

16 ـ السيوطي، عبد الرحمن: الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1959.

17 ـ النووي، محي الدين: المجموع شرح المهذب للشيرازي، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ.

18 ـ العلاّمة الحلّي، يوسف: قواعد الأحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط1، 1413هـ.

19 ـ الكركي: جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، 1408هـ.

20 ـ النجفي، محمد حسن: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار الكتب الإسلامية، 1367هـ.ش.

21 ـ الأنصاري، مرتضى: كتاب المكاسب، ج1، مؤسسة النعمان، بيروت.

22 ـ ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (الفقيه الحنفي): فتح القدير بشرح العاجز الفقير، مصطفى الحلبي، القاهرة، 1355هـ.

23 ـ الحسيني العاملي، جواد: مفتاح الكرامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لا تاريخ.

24 ـ ابن حزم الأندلسي: المحلّى، دار المعرفة، بيروت، لا تاريخ.

25 ـ الأنصاري، مرتضى: رسالة في قاعدة من ملك، تراث الشيخ الأعظم، قم، 1415هـ.

26 ـ ابن عابدين، محمد أمين: رد المحتار على الدرّ المختار (حاشية ابن عابدين)، بيروت، دار الفكر، 1966.

27 ـ السرخسي، محمد بن أحمد: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لا تاريخ.

28 ـ القاضي عبد العزيز ابن البرّاج الطرابلسي: المهذَّب، ضمن: سلسلة الينابيع الفقهيّة، كتاب الجهاد، ج9، ط1، مؤسسة فقه الشيعة، بيروت، 1410هـ ـ 1990.

29 ـ المحقّق الحلّي، جعفر بن الحسن: المختصر النافع في فقه الإماميّة، دار الأضواء، بيروت، 1985.

30 ـ العلاّمة الحلّي، الحسن بن يوسف: مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط1، 1413هـ.

31 ـ الماوردي، أبو الحسن: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

32 ـ القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

33 ـ الشوكاني، محمد بن علي: نيل الأوطار، ج6، دار الجيل، بيروت، لا تاريخ.

34 ـ العلاّمة الحلّي، يوسف: تبصرة المتعلّمين في أحكام الدين، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت 1984.

35 ـ الطوسي، أبو جعفر محمد بن الحسن: المبسوط، طبعة طهران، لا تاريخ.

36 ـ اليزدي، محمد كاظم: العروة الوثقى، طبعة قم، لا تاريخ.

37 ـ النراقي، أحمد: مستند الشيعة، طبعة طهران، لا تاريخ.

38 ـ المحقّق الحلّي، أبو القاسم جعفر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، الاستقلال، طهران، 1409هـ.

39 ـ مرواريد، علي أصغر: سلسلة الينابيع الفقهية، الدار الإسلامية، بيروت، 1410هـ، 1990.

40 ـ الأنصاري، مرتضى: المكاسب، ط1، مؤسسة باقري، قم، لا تاريخ.

41 ـ النراقي، الملا أحمد: عوائد الأيام، طبعة حجرية، قم، لا تاريخ.

42 ـ حيدر، علي: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت، لا تاريخ.

43 ـ الزحيلي، د. محمد: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1999.

44 ـ الحائري، كاظم: القضاء في الفقه الإسلامي، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ط 1، 1415هـ.

45 ـ الحجاوي، شرف الدين موسى (الفقيه الحنبلي): الإقناع، الطبعة المصرية الأولى، لا تاريخ.

46 ـ المصطفوي، محمد كاظم: فقه المعاملات، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1423هـ.

47 ـ الخوئي، أبوالقاسم: مباني تكملة المنهاج، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت، لا تاريخ.

48 ـ السنهوري، د.عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

49 ـ السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لا تاريخ.

50 ـ أبو زهرة، محمد: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، لا تاريخ.

51 ـ الحجاوي، شرف الدين موسى (الفقيه الحنبلي): الإقناع، الطبعة المصرية الأولى، لا تاريخ.

52 ـ سيد سابق: فقه السنّة، كتاب الزكاة، ج1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط2، 1999.

53 ـ الامام الخميني: كتاب البيع، مطبعة الآداب، النجف، 1391 هـ.

54 ـ الخراساني، محمد كاظم: حاشية على المكاسب، وزارة الارشاد الاسلامي، طهران، 1406 هـ.

55 ـ عودة، عبدالقادر :التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1985.

56 ـ الزرقاء، مصطفى احمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، دار الفكر، بيروت، لا تاريخ.

57 ـ شلبي، د. محمد مصطفى: المدخل في الفقه الإسلامي، بيروت، الدار الجامعية، 1985.

58 ـ فضل الله، محمد حسين: فقه الشريعة، ط1، بيروت، دار الملاك، 1999.

و ـ القانون الوضعي و أصوله:

1 ـ فرج، د. توفيق: الأصول العامة للقانون، طبعة 1972.

2 ـ سلطان، د. انور: المدخل لعلم القانون، بيروت، مكتبة كريدية إخوان، 1981.

3 ـ كيرة، حسن: مبادىء القانون، طبعة 1968.

4 ـ فرج الصدة، د. عبد المنعم: أصول القانون، طبعة 1976.

5 ـ القاسم، د. هشام: المدخل إلى علم القانون، دمشق، مطبعة الانشاء، 1982.

6 ـ أبو الليل، د. ابراهيم والألفي، د. محمد: المدخل الى نظريّة القانون ونظريّة الحق، الكويت، لا تاريخ.

7 ـ فرج، د. توفيق: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1993.

8 ـ عالية، د.سمير: علم القانون والفقه الإسلامي، ط2، مجد، بيروت، 1996.

9 ـ أسود، د. نقولا: القانون المدني (المدخل)، الناشر: كليّة الحقوق ـ الجامعة اللبنانية 1985 ـ 1986.

10 ـ كيرة، د. حسن: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

11 ـ البكري، د. عبد الباقي: المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، بغداد، جامعة بغداد، 1972.

12 ـ موسى، د.محمد يوسف: المدخل لدراسة الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، 1961.

13 ـ مرقس، د. سليمان: المدخل للعلوم القانونية، ط2، القاهرة، 1952.

14 ـ قاسم، د. محمد حسن والجمّال د. مصطفى محمد: النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، لا تاريخ.

15 ـ دياس: فلسفة القانون، ترجمة: هنري رياض، بيروت، دار الجيل، 1985.

16 ـ مرقس، د. سليمان: فلسفة القانون، دراسة مقارنة، مكتبة صادر، بيروت، 1999.

17 ـ كانط، إيمانويل: فلسفة القانون والسياسة، الكويت، وكالة المطبوعات، 1979.

18 ـ عامر: د. عبد العزيز: المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي، القاهرة، المطبعة العالمية، 1969.

19 ـ لويد، دينيس: فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، عالم المعرفة ـ 47، تشرين الثاني 1981

20 ـ فرحات، آلبير: المدخل للعلوم القانونية، بيروت، 1987.

21 ـ أبو هيف، د. علي صادق: القانون الدولي العام، الإسكندرية، نشأة التعارف، 1973.

22 ـ كادو، شارل: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط2، دار كوجا Cujas، 1980.

23 ـ شكر، د. زهير: الوسيط في القانون الدستوري، ج1، ط3، مجد، بيروت، 1994.

24 ـ بدوي، د ثروت: النظام الدستوري العربي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1964.

25 ـ عواضة، د. حسن: المالية العامة، ط5، بيروت، دار النهضة العربية، 1981.

26 ـ العوجي، د. مصطفى: القانون الجنائي، ج1، ط3، بيروت، دار الخلود، 1999.

27 ـ النقيب، د. عاطف: أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، مكتبةعويدات، د.ت.

28 ـ شحادة، إبراهيم فهمي: القانون الجوّي الدولي وقانون القضاء، القاهرة 1966.

29 ـ محيو، د. حسن: محاضرات في قانون الطيران، بيروت، 1983.

30 ـ الشرقاوي، د. محمود: القانون البحري، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968.

31 ـ منصور، د. سامي: المختصر في القانون الدولّي، بيروت، كلية الحقوق، 1991.

32 ـ رياض، د. فؤاد: مبادئ القانون الدولي الخاص، بيروت، دار النهضة العربية، 1969.

33 ـ زيدان، د. عبد الكريم: الشريعة الإسلامية والقانون الدوليّ العام، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1982.

ز ـ مراجع متفرقة:

1 ـ زين العابدين، الإمام علي بن الحسين: رسالة الحقوق، ضمن: تحف العقول عن آل الرسول لابن شعبة الحرّاني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط2، 1404هـ.

2 ـ الإمام علي بن أبي طالب: نهج البلاغة، تحقيق: الشيخ محمد عبده، دار المعرفة، بيروت، لا تاريخ.

3 ـ شلتوت، الشيخ محمود: الإسلام عقيدة وشريعة، دار القلم، القاهرة، لا تاريخ.

4 ـ مطهري، مرتضى: علم الفقه، بيروت، دار التيار الجديد، ط1، 1993.

5 ـ نصر، د. محمد عبد المعز: في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، 1973.

6 ـ فينسنت، أندرو: نظريّات الدولة، ت: مالك أبو شهيوه، ورفيقه، ط1، بيروت، دار الجيل، 1997.

7 ـ المبارك، محمد: نظام الإسلام، الحكم والدولة، طهران، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، 1997.

8 ـ محمود، د. جمال الدين: الدولة الإسلامية المعاصرة، دار الكتاب المصري ـ دار الكتاب اللبناني، 1992.

9 ـ أبو زهرة، محمد: الوحدة الإسلامية، بيروت، دار الرائد العربي، لا تاريخ.

10 ـ الحسيني، السيد هاشم معروف: سيرة المصطفى، ط3، دار القلم، بيروت، 1981.

11 ـ حميد الله، محمد: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبويّ والخلافة الراشدة، دار النفائس، بيروت، 1985.

12 ـ أبي الفراء، الحسين بن محمد: كتاب الرُسل والملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد، ط: بيروت، لا تاريخ.

13 ـ مجلة المنطلق، العدد 98، رجب 1413هـ؛ كانون الثاني 1993.

14 ـ الجويني، عبد الملك: غياث الأمم في التياث الظلم، دار الدعوة، الاسكندرية، 1979.

15 ـ شمس الدين، محمد مهدي: في الاجتماع السياسي الإسلامي، دار الثقافة، قم، 1414هـ. 1994.

16 ـ مصطفوي، محمد: نظريّات الحكم والدولة، معهد الرسول الأكرم العالي للدراسات الإسلامية، بيروت، 2002.

17 ـ شمس الدين، محمد مهدي: نظام الحكم والإدارة في الإسلام، المؤسسة الدولية، بيروت، 1415هـ، 1995.

18 ـ الجهشياري، محمد بن عبدوس(ت 331هـ): كتاب الوزراء والكتّاب، بأبي الحلبي، القاهرة، 1983.

19 ـ الخطيب، عبد الكريم: السياسة المالية في الإسلام، دار المعرفة، بيروت، لا تاريخ. .

20 ـ محمصاني، د. صبحي: المجتهدون في الحق، دار العلم للملايين، بيروت، 1979.

21 ـ بهنام، د. رمسيس: البوليس العلمي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996.

22 ـ الصدر، محمد باقر: بحوث إسلامية، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيَروت، 1403هـ، 1983.

23 ـ الماوردي، أبو الحسن: الحاوي الكبير، أدب القاضي، ج1، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971.

24 ـ الزركشي، بدر الدين: المنثور في القواعد، مجلّدان، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

25 ـ الإمام الخميني: الرسائل، طبعة قم، 1385هـ.



Center of Civilization for the Development of Islamic Thought
THE CIVILIZATIONAL STUDIES' SERIES
23

THE GENERAL RULES OF JURISPRUDENCE

A Comparing Study Between Shariaa & Positive Law

تعود أهميةِ دراسة نظام التشريع الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعيّ إلى اعتبارين: اعتبارٌ داخليّ يتمثّل في أهمية المعرفة الكلية للشريعة الإسلامية (الفقه الإسلامي) ودور هذه المعرفة في فهم الشريعة وفي تطوير الفقه والدراسات الفقهيّة. واعتبار الخارجي يتمثّل بأهميّة الدراسة المقارنة للشريعة والفقه الإسلامي بالقانون الوضعي؛ حيث إنّ دراسة كهذه توفّر فرصة المعرفة المقارنة التي يترتب عليها معرفة نقاط القوة التي يتصف بها نظام التشريع الإسلامي بين باقي النظم التشريعية. كما تكشف أيضاً عن ضعف التوضيب والتوظيف للقواعد والأسس العامة للتشريع الإسلامي في مجالات عدّة من قضايا الحياة التشريعية. وأخيرا تكشف الدراسة المقارنة عن عدم التوازن في ما يبذل من جهود اجتهادية- فقهية بالنسبة إلى مجالات الفقه الواسعة، حيث لا نزال نشهد أنّ جهوداً كبيرةً تُبذَل في مجالات أصبح الاجتهاد فيها من المباحات؛ لأنّ مسائلها وموضوعاتها تحولت إلى قضايا مسلمة، بل أصبحت حسب بعض العلماء، من "ضروريات الدين"، التي ليست بحاجة إلى جهد نظري، لأن العمل الاجتهادي مجاله قضايا نظرية قابلة للخلاف والاختلاف.في حين أن مجالات عديدة –هي من صميم العمل الاجتهادي الفقهي- لم يشبع البحث فيها أو لم يتم التطرق إليها أصلاً. وهذه الموضوعات والمسائل تدور في حقول عدة من الاقتصاد والسياسة والاجتماع وقضايا التنمية والعمل والبطالة وغيرها. انطلاقاً من هذين الاعتبارين يعدّ البحث عن مدخل يتناول الخطوط العريضة لحركة التشريع ومجالاته أمراً ضرورياً وحاجة ماسة لكل دارس للفقه الإسلامي.

وتتناول الدراسة من حيث المنهج مجالات الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، وذلك من خلال البحث عن أهم معالم الفروع القانونية وما لحقها من التطور الذي ترك أثره بصورة واضحة على التشريعات المعاصرة.

والدراسة المقارنة بين نظام التشريع الإسلامي والنظم القانونيّة الوضعيّة تتطلب منا الوقوف على مجالات الدراسات القانونية الوضعية ومعرفة المبادئ والأصول العامة فيها ولا يعنينا في هذا المقام أن نحشد طائفة من المعلومات القانونية أكثر من أن نرسم طريقة بحثٍ علميّة صحيحة، نستطيع من خلالها الوقوف على مباني الأفكار ومبادئ وأسس النظريات القانونية.

مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي

بيروت – لبنان – بئر حسن – شارع السفارات – بناية الصباح – ط ٢
هاتف: 826233 1 961+ – فاكس: 820378 1 961+ - ص.ب: 25/55
E-mail:info@hadaraweb.com - www.hadaraweb.com